



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION**



TITULO

**“EL DERECHO A LA VIDA, LA IDENTIDAD Y LA FAMILIA EN LOS CASOS
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HOMÓLOGA Y LA NECESIDAD DE
UNA REGULACIÓN ADECUADA FRENTE AL DELITO DE TRÁFICO DE
MENORES”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

**PRESENTADO POR BACHILLER EN DERECHO: CINTHYA ELIZABETH
MORALES ZEÑA**

ASESOR MG. JAVIER DIAZ DIAZ

CHICLAYO – PERÚ

2019

I. Aspecto Informativos

AUTOR:

BACHILLER: CINTHYA ELIZABETH MORALES ZEÑA

ASESOR:

DR. JAVIER DÍAZ DÍAZ

Tipo de investigación:

1.1.- Método Empleado.

Descriptivo, en tanto se describe las variables del estudio tal como se presentan en la realidad empírica a fin de que conozcamos mejor; a lo que concierne a la gestación por sustitución homóloga, del mismo es explicativa porque se pretende explicar las causas del porque no se ha legislado al respecto al tema de investigación, a través de este paso serán alcanzados los objetivos específicos de la investigación, puede entenderse como el conjunto de reglas positivas eficientes para identificar y entender el vasto campo del derecho, y la realidad social, tal como lo desarrollamos la investigación.

1.2. Por el propósito o finalidad

Es básica, también recibe el nombre de investigación pura, teórica o dogmática. Porque permite entender el fenómeno de estudio desde la perspectiva del conocimiento doctrinario y normativo, sin ejercer ninguna modificación de los hechos.

Indaga, ya que se enfoca en el estudio de teorías, las mismas que serán contrastadas con los alcances que se lograrán en la presente investigación, en aras de encontrar puntos de encuentro y diferencias con las anteriores investigaciones que forman parte del conocimiento abordado por la comunidad académica tanto la nacional como la internacional.

La presente investigación está orientada en el marco jurídico del derecho penal, recabando toda la información respecto a los argumentos legales que fundamenten el derecho a la procreación, la base del derecho a la vida, derecho a una identidad, y todo lo referente al mejor interés del niño desde su nacimiento el cual se inicia en su procreación desde que es fecundado el ovulo por espermatozoides. Así como abarcar toda la información respectiva conocida alrededor de la gestación por sustitución homóloga, y una existente carencia de legislación que regule y reglamente lo referente al delito de trata de personas, específicamente de su variante tráfico de menores, en aras de abordar dicha problemática, mediante el uso de una metodología de tipo analítico.

1.3. Por su profundidad

Es descriptiva, por cuanto se busca describir y analizar toda la información respectiva alrededor de la gestación por sustitución homóloga, alcanzando a describir sus características, condiciones y propiedades, partiendo del conocimiento de fuentes nacionales e internacionales donde se ha legislado al respecto del objeto de estudio enfocado en la presente investigación de manera tal que se contextualice la información obtenida. Definitivamente el aporte de la presente investigación, se busca que sea un referente tanto para posteriores trabajos académicos bajo la misma orientación u otro enfoque de investigación.

1.4. Por su diseño

El presente trabajo de investigación es no experimental, debido a que el enfoque de la situación problemática se alcanza posteriormente a la ocurrencia de los sucesos, de manera tal que se analice las unidades de estudio, ya que en el sistema jurídico peruano no se estipulan con claridad todos los argumentos legales que regulen todos los casos ya sea por gestación sustitución homóloga, en ninguna de sus variantes, ya que existe una necesidad de legislación que atienda todos los casos existentes y los que surjan de los siguientes procesos de fertilización o gestación mediante procesos no necesariamente dados en la naturaleza. Es también importante señalar que el riesgo de la existencia del vientre de alquiler u otras variantes incorrectas desde el aspecto ético y social

encuentren un reparo en la jurisprudencia abordada, tanto en cuanto la variable dependiente estudiada es la posible existencia del delito de tráfico de menores.

2. Tesis para optar el título Profesional de Abogada.

3. Localidad e institución donde se desarrollará el proyecto

La ciudad de Lambayeque, Fiscalías de Familia de Lima, Abogados penalistas de Chiclayo, Médico del Centro medico de Salud de la Ciudad de Etén

4. Tiempo estimado que ha durado la investigación

6 meses

5. Fecha

26 de febrero al 15 de Julio del 2019

Presentado por:

Bachiller. Cinthya Elizabeth Morales Zeña

Autor

Mg. Javier Diaz Diaz

Asesor

Aprobado por el Jurado:

Mg. Lito Becerra Angulo

Presidente

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe

Secretario

Dr. Eleo Mitridates Grillo Paico

Vocal

DEDICATORIA

A mis padres José Alberto Morales Ronda y Graciela Zeña Castillo les dedicó este trabajo de investigación por ser los principales promotores de mis sueños y además porque a lo largo de ésta ardua carrera me han dado su apoyo incondicional el ejemplo de fuerza, empuje y coraje y sobre todo por creer en mí.

A mi tía Patricia Zeña Castillo por colaborar con su ejemplo de decisión, sabiduría y Nobleza, esto es lo que te caracterizaba, siempre vivirás en nuestros corazones.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a Dios, por mi vida y la de mis padres, por la vocación del estudio del Derecho en la búsqueda del bien común, y por la guía de mis Asesores y docentes que me inculcaron la investigación y a mi alma Mater la Universidad particular de Chiclayo.

TABLA DE CONTENIDOS

I.- ASPECTOS INFORMATIVOS.....	Pág.2
Autor	
Asesor	
1. Tipo de Investigación.....	Pág.2
2. Título Profesional de Abogado.....	Pág.4
3. Localidad e Institución donde se desarrollara el Proyecto.....	Pág.4
4. Duración de Proyecto	Pág.4
DEDICATORIA	6
AGRADECIMIENTO	7
TABLA DE CONTENIDOS.....	8
PRESENTACIÓN	12
RESUMEN.....	13
ABSTRACT	14
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETIVO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS	17
I.- Aspectos de la problemática	17
1.1. Realidad problemática	17
1.2. Planteamiento del problema	17
1.3. Formulación del problema.....	25
1.3.1. Problema general	25
1.3.2. Problemas específicos	25
1.4. Justificación de importancia del estudio	25
II.- Objetivos.....	26
2.1. Objetivo general.....	26
2.2. Objetivos específicos	26
III.- Hipótesis y variables	26
3.1. Hipótesis	26
3.2. Variable independiente	26
3.3. Variable dependiente	27
IV.- Marco metodológico.....	27
4.1. Diseño y contrastación de hipótesis	27
4.2. Población y muestra	28
4.3. Materiales y técnicas de recolección de datos	28
4.3.1. Material bibliográfico	28
4.3.2. Técnicas de recolección de datos	29
4.4. Métodos	30
4.4.1. Métodos Lógicos	30
4.4.2. Métodos Jurídicos	30
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	32

2.1. Antecedentes nacionales	32
2.2. Antecedentes internacionales	34
CAPÍTULO III: DERECHO A LA VIDA	38
3.1. Concepto	38
3.2. Fundamentación jurídica del derecho a la vida	38
3.3. Constitucionalmente donde se inicia la vida.....	39
CAPÍTULO IV: DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA FAMILIA	41
4.1. Concepto de identidad	41
4.2. Formación de la identidad	45
4.3. Clases de identidad	46
4.4. Familia	47
4.4.1. Concepto y finalidad	47
4.4.2. Importancia de la familia	49
4.4.3. Teorías de la familia	50
4.4.4 Naturaleza jurídica de la familia	50
4.4.5. Derecho a vivir en torno a una familia	51
4.5. Diferencias con respecto a la familia en las Constituciones de 1979 y 1993	54
4.6. Derecho a procrear	54
CAPÍTULO V: INFERTILIDAD Y TECNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA	57
5.1. Infertilidad	57
5.1.1. Infertilidad en el Perú	58
5.1.2. Causas de la infertilidad	59
5.1.3. Implicancias psicológicas de participar en el tratamiento de fertilidad asistida.....	66
5.2. Fecundación artificial	69
5.3. Técnicas de reproducción asistida (TERAS)	70
5.3.1. Clases de técnicas de reproducción asistida	72
a) Inseminación Artificial o Intracorpórea.	72
b) Fecundación In Vitro o extracorporea	80
5.3.2. Derechos reproductivos como derechos humanos	84
5.3.2.1. Fuentes	84
5.3.2.2. Limites.....	89
5.3.2.3. Decisiones procreativas y técnicas de reproducción asistida.	91
5.3.2.4. Casos que se han implementado	92
CAPITULO VI: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HOMÓLOGA	95
6.1. Actos de Disposición del propio cuerpo o Cesión de órganos	95
6.2. La maternidad subrogada	100
6.3. Tipos de maternidad subrogada.....	101
6.3.1. Maternidad subrogada heteróloga.....	101
6.3.2. Maternidad subrogada homóloga	102
6.3.3. La Maternidad Subrogada Homóloga como medio de solución a la contradicción o limitación de fecundación en la Mujer.	102

6.4. Tipos de Gestación subrogada	103
6.4.1. Gestación subrogada parcial o tradicional	103
6.4.2. Subrogación gestacional o total	103
6.4.3. Gestación subrogada comercial	104
6.4.4. Gestación subrogada altruista	104
6.5. Derechos del Concebido	104
6.6. Maternidad Subrogada en el Perú	107
6.6.1. Proyecto de Ley 2839/2013-CR	108
CAPITULO VII: CONSENTIMIENTO INFORMADO	109
7.1. Consentimiento Informado	109
7.1.1. Definiciones de consentimiento informado	109
7.1.2. Naturaleza jurídica del consentimiento informado	112
7.1.3. Requisitos generales	113
7.2. Contenido del Consentimiento Informado en la Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.	115
7.2.1. Objetos	115
7.2.2. Sujetos	117
7.2.3. Formas	118
7.2.4. Revocación	119
CAPITULO VIII: TRAFICO DE MENORES	120
8.1. Trata de personas	120
8.2 Conductas punibles en el Código penal Peruano	121
8.3. Trata de personas y maternidad subrogada	122
8.4. Tráfico de menores desde la concepción	123
8.4.1. Vientre de alquiler	123
8.4.2. El comercio de gametos o embriones	126
8.5 La gestación por Sustitución Homóloga como garantía de la Filiación basada en el Interés Superior del Menor.	128
CAPITULO IX: JURISPRUDENCIA	131
9.1 Acción de amparo; Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-0	131
9.2 Impugnación de maternidad Expediente Nro. : 183515 - 2006 - 00113.	133
9.2.1 Análisis de la jurisprudencia	152
CAPITULO X: ESTUDIO AL ARTICULO 7° DE LA LEY GENERAL DE SALUD N° 26842	154
10.1. Art.7 de la Ley General de Salud	154
10.2. Vacíos legales del Art. 7	155
10.3. Necesidad de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida	156
10.3.1. Desde una perspectiva Médica	156
10.3.2. Desde una perspectiva jurídica	158
10.4. Derecho comparado	166
10.4.1. Alemania	166
10.4.2. Argentina	166
10.4.3 Estados Unidos	169

10.4.4. Israel	169
10.4.5. Rusia.....	170
10.4.6. Ucrania.....	170
10.4.7. Georgia	170
10.4.8. Colombia.....	170
10.4.9. Brasil	171
10.4.10. Perú	172
10.5. Proyecto de Ley que modifica el Art 7 de la Ley General de Salud N° 26842, e incorpora disposiciones para el uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.	172
CONCLUSIONES	176
RECOMENDACIONES.....	177
BIBLIOGRAFÍA.....	178
ANEXO	188

PRESENTACIÓN

Estimados miembros del Jurado evaluador, ante ustedes presento mi tesis titulada “ **EL DERECHO A LA VIDA, LA IDENTIDAD Y LA FAMILIA EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HOMÓLOGA Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ADECUADA FRENTE AL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES**”, para obtener del Título Profesional de Abogado y que cuyo trabajo de investigación se ha centrado especialmente en la problemática que presenta el Art.7 la Ley General de Salud N° 26842 que hace mención a las Técnicas de Reproducción Asistida , en la que no es explícita en lo que corresponde a la Gestación por Sustitución Homóloga, considerando que es el procedimiento menos controversial, en tanto los padres intencionales, son los padres genéticos, la cual no lesiona la identidad del niño, existiendo un respeto por la vida y el derecho a la procreación, el cual debe ser debidamente legislado a fin de evitar delitos de tráfico de menores, por parte de la persona que prestara su útero para el proceso de embarazo, considerando que debe tener consanguinidad con la padres genéticos y se debe exclusivamente en forma altruista. Para lo cual se abrirá un registro nacional de los padres intencionales y de las personas consanguíneas que en el uso de su libertad puedan brindar su útero por una sola vez de modo tal se evitara los vientres de alquiler y los posibles riesgos de comercialización de menores.

RESUMEN

La presente investigación se ha centrado, en la Gestación por sustitución homóloga, procedimiento de Reproducción asistida que consiste, cuando la mujer por motivos de salud no puede gestar y llevar a término su embarazo, y necesitan del apoyo de una tercera persona para que preste su útero en donde se le implantará el embrión fecundado in vitro de la pareja, en la doctrina se le llama padres intencionales a las parejas que padecen de algún tipo de infertilidad o algún problema físico que no puedan procrear de manera natural.

los padres intencionales son los padres genéticos, en tanto ellos entregan la carga genética, en la actual legislación este escenario no está contemplado, sin embargo es conocido que el procedimiento se realiza, no es el único escenario, pero si es el que representa menor controversia, al ser los padres genéticos, la identidad del niño está garantizada, solo participa una tercera persona que tiene que tener un grado consanguinidad con los padres y ello para evitar futuros conflictos, y su intervención debe ser en condición de altruista por ningún motivo oneroso. Se concluye en base a la posición jurídica de especialistas operadores del derecho y la posición medica la necesidad de reformular el Art.7 de la Ley General de Salud N° 26842, incluyendo la Gestación por sustitución homóloga.

ABSTRACT

This research has focused on Gestation by homologous substitution, an assisted reproduction procedure that consists of, when a woman for health reasons cannot gestate and carry her pregnancy to term, and need the support of a third person to lend her uterus where the couple's in vitro fertilized embryo will be implanted, the doctrine calls intentional parents to couples who suffer from some type of infertility or some physical problem that can not procreate naturally.

the intentional parents are the genetic parents, as long as they deliver the genetic load, in the current legislation this scenario is not contemplated, however it is known that the procedure is carried out, it is not the only scenario, but if it is the one that represents the least controversy, being the genetic parents, the identity of the child is guaranteed, only a third person participates who has to have a degree of consanguinity with the parents and this to avoid future conflicts, and his intervention must be in altruistic condition for no onerous reason. It is concluded based on the legal position of specialists in the law and the medical position the need to reformulate Article 7 of General Health Law No. 26842, including Gestation by homologous substitution.

INTRODUCCIÓN

La vulneración del derecho a optar por las técnicas de reproducción asistida, específicamente la Gestación por sustitución homóloga, la cual es menos controversial, porque los padres intencionales, son los padres genéticos y la falta de conocimiento de los métodos empleados en los casos de infertilidad asistida, al existir una regulación explícita, se está frente al peligro de la comisión del delito de tráfico de menores por el actual vacío que tiene nuestra legislación.

En base a este planteamiento, la investigación tiene por finalidad ofrecer argumentos de tipo científico - jurídico para así, afrontar la problemática frente al vacío legal que cubre las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú y que enfrentan, familias que padecen de algún tipo de infertilidad y que tienen el deseo de constituir una familia sustentada en el derecho reproductivo que ostenta todo ser humano. Se proyecta que el resultado de este trabajo será el punto de referencia para la iniciativa legislativa, modificándose en parte el código sustantivo para subsanar los vacíos legales en los temas de Técnica de Reproducción Asistida, en materia de gestación por sustitución en su clasificación Homóloga dentro de nuestro país.

Este vacío legal, promueve en la investigación la siguiente interrogante: ¿Es necesario legalizar con pautas específicas, en materia de técnicas de reproducción asistida, la gestación por sustitución homóloga que garantice su buen uso y evitar atentados directos contra derechos fundamentales, precisando en los casos de comisión del delito de tráfico de menores?

Para responder a la problemática planteada, se proponen objetivos que conllevaran a identificar y exponer los argumentos médico- científicos, dogmáticos jurídicos que justifican la necesidad de regular los casos de Gestación por Sustitución en su clasificación Homologada, explicando los aspectos teóricos-conceptuales sobre el derecho a la vida y a la identidad de los niños procreados bajo este medio, identificando los procedimientos y las condiciones para realizar una Gestación por sustitución homóloga en los casos

de infertilidad de la pareja, a efectos de proponer un Proyecto de Ley que modifique el Art 7 de la Ley general de salud N° 26842 , en donde se contemple Gestación por sustitución homóloga en los casos de infertilidad de la pareja, considerando que los padres genéticos son los que aporten sus gametos (ovulo y espermatozoide).

De tal manera que la investigación es importante, por cuanto el problema de la infertilidad, al considerarse un problema social, la necesidad de tener una familia y procrear, es necesario que el estado garantice que los procedimientos de fertilidad asistida, no contravenga el derecho de la identidad del futuro bebé, a tener una familia y mucho menos linda con el delito de tráfico de menores, al no estar debidamente legislado. En este sentido los operadores del derecho deben de legislar de acuerdo a los avances de la ciencia y la genética, teniendo como horizonte el bienestar de los ciudadanos.

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL OBJETIVO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I.- Aspectos de la problemática

1.1. Realidad problemática

La vulneración del derecho a optar por las técnicas de reproducción asistida, específicamente la Gestación por sustitución homóloga, la cual es menos controversial, porque los padres intencionales, son los padres genéticos y la falta de conocimiento de los métodos empleados en los casos de infertilidad asistida, al no existir una regulación explícita, se está frente al peligro de la comisión del delito de tráfico de menores por el actual vacío que tiene nuestra legislación.

1.2. Planteamiento del problema

La investigación tiene por finalidad ofrecer argumentos de tipo científico - jurídico para así, afrontar la problemática frente al vacío legal que cubre las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú y que enfrentan, millares de familias que padecen de algún tipo de infertilidad y que tienen el deseo de formar una familia sustentada en el derecho reproductivo que ostenta todo ser humano. Se proyecta que el resultado de este trabajo será el punto de referencia para la iniciativa legislativa, modificándose en parte el código sustantivo para subsanar los vacíos legales en los temas de Técnica de Reproducción Asistida, en materia de gestación por sustitución en su clasificación Homóloga dentro de nuestro país. Al hablar de Gestación por Sustitución en su clasificación HOMÓLOGA, es hablar de una de las tantas modalidades que contiene el tema universo de “Maternidad subrogada” considerada como una de las técnica de Reproducción Asistida. (Técnicas que dan solución a los casos de infertilidad por parejas que no pueden anidar hijos de manera natural en el caso de la mujer o llevar a término su embarazo).

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 40 semanas de gestación o en su mayoría de los casos de relaciones sexuales no protegidas (

Brena, 2012). Se añade que esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física, como mental, emocional, psicológica, social, en las parejas que las sufren. Esta situación puede llegar a provocar un sentimiento de culpa, miedo, depresión, pérdida de la dignidad, etc. (Romeo, 2018)

Creo conveniente que para iniciar esta sustentación, es apropiado abordar el tema de maternidad subrogada.

Maternidad subrogada es un tema complejo, es una técnica de Reproducción Asistida de manera artificial, por el cual una mujer la “gestante” acepta someterse a la FIV, con la intención de llevar a término un embarazo en favor de una persona o pareja “padres intencionales” a quienes, la gestante se compromete a entregar el niño que va a nacer.

La Maternidad Subrogada contempla distintas variantes:

Si una mujer recibe en su útero un embrión fecundado in vitro de una pareja que es infértil, para llevar a cabo solo el embarazo y posteriormente alumbrar un ser vivo estaríamos frente a una Gestación por Sustitución homóloga. (Arteta, 2010)

Si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entrego su ovulo para la fertilización, estaríamos frente a un verdadero caso de maternidad subrogada. Además de ser la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar al hijo a quienes se lo pidieron de encargo (Varsi, 2006, p.248).

Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el ovulo, otra gestante el embrión y que una tercera que encargo el proceso, se quede con el niño, así la maternidad queda fragmentada existe una madre biológica, otra gestante y una social, pues es quien solicita el proceso.

Las variantes ameritan un trato jurídico distinto. La maternidad subrogada conlleva a una disociación de la filiación biológica materna y el surgimiento de otra relación jurídica; sin embargo en la Gestación por sustitución Homóloga; la mujer solo gesta un embarazo y alumbrar a un niño que no es su hijo biológico, por lo tanto no se establece ningún vínculo de filiación, más si un vínculo de gestación. (Romeo, 2018)

Es en este punto donde quiero enfatizar, ya que como se ha podido observar en la verdadera maternidad subrogada, se genera un conflicto respecto a la Identidad del futuro bebe, es decir, su identidad queda fragmentada, el cuestionamiento surge, según quien aporta el ovulo o espermatozoide. Además no solo está en juego la identidad del futuro bebe, sino que en muchos casos la maternidad subrogada propiamente dicha, se plantea de manera onerosa ello tomando como referencia el derecho comparado, es decir si mediara un pago significaría que la mujer que proporciona su ovulo y gesta, estaría comercializando con su hijo, planteándose el tipo penal de venta o tráfico de menores. (Arteta, 2010, p.19)

Con base en los textos legales transcritos y los argumentos expresados, considero que no existe justificación ética, social y jurídica para admitir las prácticas de maternidad subrogada, esta conclusión ha motivado mi decisión de que a partir de esta idea no se promueva la acción mediante la sustentación de mi proyecto de tesis, por lo que me he permitido aclarar que el proceso de investigación bordea el tema de Gestación por Sustitución Homóloga.

La **Gestación por sustitución Homóloga**, es una técnica de reproducción asistida, en la que se separa el proceso de gestar de la maternidad, históricamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha considerado que madre es la que pare entre otras cosas porque ante la ausencia de la Técnica de Reproducción Asistida, la gestante tenía vinculación genética con él bebe, lo cual no tiene por qué darse en la gestación por sustitución Homóloga, quien pare no va a ser necesariamente la madre. (Brena, 2012)

La pareja a los que llamaremos padres intencionales como así lo denomina la doctrina es la que encarga al niño Y de proporcionar el material genético. El embrión formado mediante una fecundación in vitro, viene a ser anidado en el útero de la gestante quien es unatercera persona que gestará al bebe y, la cual continua con el proceso del embarazo, dando a luz al niño y entregándolo a sus padres biológicos. (Brena, 2012, p.46)

La gestación por sustitución Homóloga, según la doctrina, es válida en la medida que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas familiares,

proporcionándoles la posibilidad de concebir y proteger en su seno familiar un hijo genéticamente suyo.

Los problemas de infertilidad se pueden deber a diferentes causas: útero no receptivo, abortos espontáneos recurrentes, fallo repetitivo de la FIV (FECUNDACION IN VITRO) u otros problemas de causa médica. (Mosquera, 1997, p.42)

Si son legítimas las técnicas de reproducción asistida en el Perú, como es la inseminación artificial, también debería, ser posible la fecundación in vitro con la posibilidad de una gestación por sustitución Homóloga.

Debería ser legal, porque es considerada, para nuestros operadores del derecho como una técnica que permitirá mantener los lazos de parentesco, del futuro bebe con los padres intencionales ya que ellos son los que aportan su carga genética para la formación del nuevo ser, garantizando el interés superior del menor.

En la investigación se mostrará el derecho a la reproducción humana, que es expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, invocan este precepto quienes en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia. (Mosquera, 1997, p.44)

Debemos tener presentes que los derechos reproductivos en materia Gestación por Sustitución homóloga, se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos (espermatozoide). La gestante en este supuesto solo lleva a cabo el embarazo, sin recibir una contraprestación económica.

Diferente es el caso, en la llamada maternidad subrogada, cuando la mujer solicitante padece de una incapacidad ovárica es decir no tiene ovarios y por ende no aporta su carga genética contenida en los óvulos, en este caso no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el

ejercicio de sus derechos reproductivos, para solicitar un niño que, por no tener su carga genética no será su descendiente.

La sociedad debe adaptarse a los cambios tecnológicos cuando estos permitan resolver problemas de infertilidad, la gestación por sustitución en su clasificación homóloga se justifica cuando sirve de instrumento para ser efectivo el derecho a la reproducción garantizado como derecho humano. (Mosquera, 1997, p.45)

La gestación de sustitución Homóloga, debe regularse de manera estricta y con ventajas para los padres intencionales siempre y cuando ambos aporten sus cargas genéticas. Regularla para permitirle en determinadas condiciones nos parece, ser el término idóneo para sociedades democráticas, en las que queremos vivir y en las que deberíamos vivir.

Este es un tema abordado por muy pocos, o, en el peor de los casos comentado, con poca información que involucra temas de orden genético y legal; por lo que genera vacíos legales e inconsistencia en la aplicación de las normas, dado que no existe en nuestra legislación civil un apartado sobre “Derecho Genético”, remitiéndonos para tal caso en lo dispuesto en el Art. 7 por la Ley General de Salud N° 26842, publicado con fecha 15 de julio de 1997.

El Estado Peruano no contempla en ningún ordenamiento legal la figura jurídica de la Gestación por Sustitución Homóloga, por lo tanto dará como resultado en la sociedad incertidumbre y rechazo a esta figura.

En el Perú ha surgido una problemática el hecho de que más parejas en edad reproductiva presenten problemas de infertilidad y/o esterilidad, si bien es sabido hay opciones tales como la adopción pero que dado a lo tardado y complicado de los trámites aunado al hecho de que muy difícilmente se pueda adoptar a un niño que no sobrepase la edad de tres años, ha hecho que esta vía sea poco viable.

Pero también hay parejas que no quieren optar por la adopción por el simple hecho de que su futuro bebe, tenga la carga genética de ambos, estas parejas

que sufren de algún tipo infertilidad , sus deseos de ser padres no quedan truncados ya que en la actualidad gracias a los avances científicos de la ciencia biomédica , optan por las Técnicas de Reproducción Asistida, y la Gestación por Sustitución Homóloga, forma parte del conjunto de las Técnicas de Reproducción Asistida, que permiten el acceso de hijos biológicos. Particularmente, nos avocaremos estrictamente a la modalidad que menos estragos éticos y en materia de filiación no contraviene el interés superior del niño, como es su identidad.

Dentro de la gama de denominaciones que tiene la Maternidad subrogada encontramos el de “Maternidad Sustituta” “Gestación por Sustitución” “Gestación por encargo o subrogada” “vientres o madres de alquiler”. La base de estas denominaciones depende de quien aporta el ovulo y quien los espermatozoides. (Mosquera, 1997, p.47)

La Gestación de sustitución Homóloga, es una forma de Reproducción Asistida y se da cuando los padres intencionales aportan el semen y el ovulo y tras el procedimiento de Fecundación invirtió, el embrión es implantado en el útero de la gestante, tercera persona que se encargara de gestar al futuro bebe de los padres intencionales.

El Código Civil Peruano regula en su artículo 1 El derecho a la vida del concebido, señalando:

Artículo 1.- Sujeto de Derecho

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Hay quienes han confundido la “concepción” con la “fecundación”, asumiendo que la fecundación solo se limita a un acto, lo cual es erróneo, ya que se trata de dos momentos biológicos distintos y perfectamente identificables. La concepción es consecuencia de la fecundación. (Varsi, 2001, p.91)

Lo que sucede es que “la rapidez de la fecundación implica ya la concepción instantánea”. Para ello antes de dar una definición certera de la “concepción” partiremos por definir la fecundación.

La fecundación es el resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución a la continuidad de la siguiente. Es una secuencia de “fenómenos moleculares” que se inicia con el contacto entre un espermatozoo y un ovocito secundario y termina con la fusión de los núcleos de espermatozoo y el óvulo y con la combinación de los cromosomas maternos y paternos. (Varsi, 2001, p.97)

La Concepción viene a ser el resultado de todo este proceso biológico anterior. El óvulo ya ha sido fecundado y sufre grandes cambios. Es una célula única que contiene dos núcleos con 23 cromosomas cada uno: el del hombre y de la mujer, con diferente información genética. A este estado se le denomina ovocito prenucleado y dura unas cuantas horas, de 2 a 4 aproximadamente. Luego viene la singamia que es el intercambio de información genética y la fusión de los dos pronúcleos de las células germinales dando lugar a la formación del cigoto, que es la célula con 46 cromosomas. (Varsi, 2001, p.98)

Tradicionalmente se entiende a la concepción como la unión del espermatozoide con el óvulo. Se afirma que en este momento surge un “ser humano genéticamente individualizado” por tanto un sujeto de derecho, digno de protección y tutela.

Sin embargo, esta individualización no es instantánea: desde el momento de encuentro del espermatozoide con el óvulo, hasta la generación del cigote, se pasa por un “proceso de fusión nuclear” que dura 12 horas aproximadamente. Es después de este periodo que podemos hablar de una vida humana genéticamente distinta de la madre. (Peralta, 2008, p.51)

Sin embargo frente a lo señalado se presentan las siguientes interrogantes: ¿Existe vida en los casos de fertilización asistida? ¿Es sujeto de derecho el embrión que vive en contenedores isotérmicos a cincuenta grados bajo cero?

De otro lado, el neonato alberga el Derecho de tener una Familia, que le asista con valores, disciplinas y conductas que nacen de la convivencia, de la

interacción diaria y cercana con sus padres biológicos, definiéndose su personalidad, carácter y demás características; el elemento prioritario en todos los casos es otorgar al niño, el derecho a la vida, a la obtención de una familia, como le corresponda y a una identidad que mantenga con sus raíces biológicas, ello en su conjunto pilares del principio de interés superior del menor.(Peralta, 2008, p.54)

Asimismo, se desprende del tema en estudio, el derecho constitucional de los cónyuges de tener hijos, “la Reproducción”, es decir, la posibilidad de que través de los métodos de reproducción asistida puedan procrear un niño, en el caso puntual el derecho a la Gestación por Sustitución Homóloga.

La gestación por Sustitución Homóloga, tiene por finalidad originar una nueva familia compuesta de los padres biológicos y su hijo, se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva tomada por los solicitantes y la gestante. (Brena, 2012)

Abordo el tema de la familia porque ésta ha sido desde los inicios de la civilización el núcleo básico de la sociedad. En muchos casos la familia se compone de madre, padre e hijos; al ser mi tema de tesis la Gestación por Sustitución Homóloga, considero conveniente repasar las figuras relativas a la familia que resultan relevantes para mi trabajo toda vez que inevitablemente al hablar de Gestación por Sustitución Homóloga tenemos como consecuencia el nacimiento de un hijo y el surgimiento de la filiación y el parentesco. (Brena, 2012, p.24)

Una familia es el núcleo social, célula social sobre la cual reposa la estructura de un Estado y sobre la cual gira el porvenir del país. Una familia fuerte y bien estructurada da bases sólidas para el desarrollo de las instituciones sociales, jurídicas y políticas de un país

El termino familia también se emplea para referirse a una agrupación en donde hay sentimientos o intereses comunes.

En base de lo expuesto surge la interrogante de investigación:

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿Es necesario legalizar con pautas específicas, en materia de técnicas de reproducción asistida, la gestación por sustitución homóloga que garantice su buen uso y evitar atentados directos contra derechos fundamentales, precisando en los casos de comisión del delito de tráfico de menores?

1.3.2. Problemas específicos

¿Cuáles son los aspectos conceptuales básicos sobre el derecho a la vida y a la identidad de los niños procreados por gestación por sustitución homóloga?

¿Cuáles son los procedimientos y las condiciones para realizar una Gestación por sustitución homóloga en los casos de infertilidad de la pareja?

¿Porque es necesario legislar con respecto a la gestación por sustitución homóloga, para evitar el delito de tráfico de menores?

1.4. Justificación de importancia del estudio

El problema de la infertilidad, al considerarse un problema social, la necesidad de tener una familia y procrear, es necesario que el estado garantice que los procedimientos de fertilidad asistida, no contravenga el derecho de la identidad, a tener una familia y mucho menos linda con el delito, al no estar debidamente legislado.

Los operadores del derecho deben de legislar de acuerdo a los avances de la ciencia y la genética, teniendo como horizonte el bienestar de los ciudadanos.

El estudio del tema se justifica en el conocimiento informado que debe tener toda la población, en especial los centros de salud, los agentes de la policía nacional, los operadores de justicia y demás instituciones; sin embargo esto no podría difundirse si no existe una regulación, es decir, se necesita tener un marco jurídico, ya que se están dando casos sobre este dilema de alquilar a una madre sustituta ante las ya desgastadas e ineficientes opciones “legales” y no hay ley que contemple este tema ni lo prohíba, dando como resultado desigualdad de

las partes. Aclarando que al margen de la inclusión de esta figura a la legislación Civil, daría origen a la creación de una Ley acerca de la Gestación por Sustitución en la cual se deben perfeccionar cuestiones tales como; que este procedimiento no debe tener fines de lucro tanto para los padres biológicos como para la mujer gestante, que solo lo podrá hacer como una acción altruista.

II.- Objetivos

2.1. Objetivo general

Identificar y exponer los argumentos médico- científicos, dogmáticos jurídicos que justifican la necesidad de regular los casos de Gestación por Sustitución en su clasificación Homóloga.

2.2. Objetivos específicos

Explicar los aspectos conceptuales básicos sobre el derecho a la vida y a la identidad de los niños procreados por gestación por sustitución homóloga.

Identificar los procedimientos y las condiciones para realizar una Gestación por sustitución homóloga en los casos de infertilidad de la pareja.

Proponer un Proyecto de Ley que modifique el Art 7 de la Ley general de salud N° 26842, en donde se contemple Gestación por sustitución homóloga en los casos de infertilidad o salud física de la pareja, considerando que los padres intencionales son los que aportan la carga genética.

III.- Hipótesis y variables

3.1. Hipótesis

Si el sistema jurídico peruano regulara los casos de gestación por sustitución en su categoría Homóloga, a fin de no vulnerar el derecho a la vida, a la identidad y la familia; entonces, se evitará el conflicto jurídico social y el rechazo por la posible consecución del delito de tráfico de menores.

3.2. Variable independiente

El sistema jurídico peruano regula los casos de gestación por sustitución en su categoría Homóloga, ofreciendo asistencia, asesoramiento y bajo el consentimiento informado de los operadores y sujetos de la relación materno filial, a fin de dotar a las parejas que presenten casos de infertilidad de obtener una familia Biológica constituida.

3.3. Variable dependiente

Se evitará el conflicto jurídico social y el rechazo por la posible consecución del delito de tráfico de menores.

IV.- Marco metodológico

4.1. Diseño y contrastación de hipótesis

En la presente tiene un diseño no experimental; y es aquel que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Se basa fundamentalmente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para después analizarlos. Se basa en categorías, conceptos, variables, sucesos, comunidades o contextos que ya ocurrieron o se dieron sin la intervención directa del investigador. Es por esto que también se le conoce como investigación «ex post facto» (hechos y variables que ya ocurrieron), al observar variables y relaciones entre estas en su contexto. Por lo que la investigadora no manipulará las variables dadas, puesto que estas versan sobre hechos ya dados.

La tesis que se presenta es a partir de hechos ya existentes de los cuales se desprende del problema a investigar ¿Es necesario legalizar con pautas específicas, en materia de técnicas de reproducción asistida, la gestación por sustitución homologa que garantice su buen uso y evitar atentados directos contra derechos fundamentales, precisando en los casos de comisión del delito de tráfico de menores?, obtenemos lo siguiente:

Es así que al contrastar la hipótesis y las variables, resulta lógico precisar que sí, el sistema jurídico peruano regulara los casos de gestación por sustitución en su categoría Homóloga, a fin de no vulnerar el derecho a la vida, a la identidad y la familia; entonces, se evitará el conflicto jurídico social y el rechazo por la posible consecución del delito de tráfico de menores.

Entonces; siguiendo el método lógico y contraste:

Variable Independiente = El sistema jurídico peruano regula los casos de gestación por sustitución en su categoría Homóloga, ofreciendo asistencia, asesoramiento y bajo el consentimiento informado de los operadores y sujetos

de la relación materno filial, a fin de dotar a las parejas que presenten casos de infertilidad de obtener una familia Biológica constituida. **Afirmando esta variable con la variable dependiente** = Se evitará el conflicto jurídico social y el rechazo por la posible consecución del delito de tráfico de menores. Tenemos como resultado; en el marco lógico.

Verdadero (VI) más verdadero (VD) igual verdadero (V y V=V) es decir; “si el sistema jurídico peruano regula los casos de gestación por sustitución en su categoría Homologa, Ahora si niego VI y Niego VD igual verdadero.

4.2. Población y muestra

- **Población:** La población del presente estudio está compuesta por 06 entrevistas 3 Abogados, 2 Fiscales de Familia y un Médico, referentes a la importancia y la necesidad de legislar
- **Muestra:** En el presente estudio nuestro marco de muestra está determinado por las entrevistas a los agentes del derecho y un médico con respecto la necesidad legislar sobre la gestación por sustitución homologa. Se presenta el siguiente cuadro;

Nombre	Cargo	N° Colegiatura
Dr. Miguel Ángel Siesquen Suclupe	Abogado Penal	CAL 5210
Dr. José Miguel Salazar Prado	Abogado Penal	CAL 5004
Dra. Natividad Flores Contreras	Abogado Civil	CAL 57890
Dra. Mery Maricela Enciso Cebrián	3°Fiscalia de Familia	CAL 39568
Dra. Mónica Dietrich Junco	5° Fiscal de Familia	CAL 21649
Med. Efrain Huamanchumo Effio	Medico	CMP 82545

4.3. Materiales y técnicas de recolección de datos

4.3.1. Material bibliográfico

Texto de doctrina nacional

Revistas jurídicas especializadas

Artículos jurídicos especializados
Libros a nivel nacional
Libros a nivel Internacional
Información proveniente de Internet
Constitución Política del Perú 1993
Código Civil peruano 1984
Ley General de Salud N° 26842.
Trabajos de investigación.

4.3.2. Técnicas de recolección de datos

Las técnicas y los instrumentos que se ha utilizado en la presente tesis son:

- **Análisis de contenido:** Se analiza la legislación comparada y doctrina nacional e internacional, conceptos de Derecho a la vida, a la identidad, métodos de fertilidad asistida y se analiza las posibles colisiones que lindan con el tráfico de menores.

- **Fichas de información bibliográficos:**

En nuestra etapa de recolección de información se han empleado fichas de investigación (copias de libros, revistas, resúmenes, comentarios, sentencias, consultas en páginas web, trabajos de investigación), a efectos de asimilar información respecto al tema de la gestación por sustitución homóloga.

- **Consultas de Internet:**

Esta técnica se planteó con la finalidad de recoger información de las diferentes páginas que me ha permitido procesar los datos y su ulterior presentación en la presente investigación.

Además se ha realizado el procesamiento para la recolección de los Datos.

En la investigación sobre el derecho a la vida, la identidad y la familia en los casos de gestación por sustitución homóloga y la necesidad de una regulación adecuada frente al delito de tráfico de menores, se ha realizado de minuciosamente teniendo en cuenta los siguientes pasos:

- **Primer Paso:** Identificado el problema, se realizó una búsqueda de la bibliografía especializada y las páginas de internet.

- **Segundo Paso:** Se realizó las gestiones a los Fiscales de familia, abogados y a un médico a fin de proceder a realizar las entrevistas pertinentes.

4.4. Métodos

La presente investigación se ha llevado a cabo bajo los métodos lógicos y jurídicos:

4.4.1. Métodos Lógicos

Que permiten la obtención o producción del conocimiento, en su forma inductiva, deductiva, inductivo-deductiva, analítica, sintética y analítico-sintética; son procedimientos que permiten partir del problema, teorizar, descomponer el objeto de estudio y sintetizar planteamientos. Por lo que se empleó:

- **Método Deductivo:** Método utilizado tanto en la recolección de la información, como en la elaboración que comprenden la fundamentación teórica al establecerse las categorías jurídicas tomando como esencia a la normatividad, y el aspecto constitucional y el derecho penal.

- **Método Analítico.-** Método utilizado en la presente investigación, esencialmente al momento del procesamiento de toda la información recopilada a través de una variada documentación, durante la primera etapa de la investigación, la misma que una vez seleccionada, bajo un arduo trabajo, se determinó los puntos primordiales, teniendo a lo largo de todo este proceso para llegar a la hipótesis; de igual manera se empleó para analizar los resultados obtenidos en la presente investigación, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones y el resumen de la investigación

- **Método Histórico.-** Método empleado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes referentes al tema materia de investigación, consistente básicamente en tesis previas que guarden relación con el tema ubicados en repositorios académicos y en ensayos publicados en revistas especializadas, como al momento de elaborar el marco teórico.

4.4.2. Métodos Jurídicos

Estos métodos han sido fundamentales en la elaboración de la presente tesis en la medida que se ha tenido que estudiar, analizar e interpretar las normas del derecho comparado, en tanto nuestra legislación, no está contemplado la

gestación por sustitución homóloga, debiéndose legislar con el fin de no lidiar el delito de tráfico de menores.

- **Método Interpretativo.**- Método que ha sido empleado esencialmente para lograr procesar, analizar y explicar la doctrina ligada al derecho a la vida, a la identidad desde el marco constitucional, concernientes al tema materia de investigación, en nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II:

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Antecedentes nacionales

Cabrera (2018), presentó la tesis titulada: La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña; en la Universidad César Vallejos. Se concluyó:

La maternidad subrogada no es crucial para garantizar que los derechos del niño y niña, que se mencionan en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, el derecho a la identidad e integridad y en la Convención de los Derechos del niño, conforme a las entrevistas y análisis documental, si se impusiera sanciones sin regulación previa que posibilite el acceso para aquellas personas infértiles que son impedidos naturalmente de procrear, no disminuirían su práctica clandestina al buscar personas para producir descendientes. Por lo tanto es necesario tener en cuenta las consecuencias que genera en la afectación del derecho a la salud de los menores la práctica de la maternidad subrogada en tanto debe ser controlada y regulada otorgando facultades normativas a los intervinientes que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la integridad y al principio del interés superior. (p.73)

Hidalgo (2018) presentó la tesis titulada: La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el código civil peruano.; en la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”. En conclusión:

Se ha determinado que en el mundo el Contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler, puede ser oneroso o gratuito, teniendo problemas su regulación o aceptación jurídica; sin embargo, se viene realizando en forma mayoritaria, pero el Estado ha descuidado la protección a los que se someten a dicha actividad, así como los que realizan las técnicas de reproducción asistida. Además, viene afectando a la Teoría de General de la Contratación contenida en el Código Civil Peruano, por cuanto se vulneran los requisitos esenciales, naturales y accidentales, propios de este acto jurídico. En el Perú, existe una resistencia a aceptar la ocurrencia reiterativa del Contrato de maternidad subrogada desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo,

jurisprudencialmente se ha aceptado bajo el interés superior del niño y el derecho de identidad.(p.112)

Enríquez (2017), presentó la tesis titulada: “Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú”; en la Universidad César Vallejo. En ese sentido, la conclusión de esta investigación es la siguiente:

Se puede evidenciar que consideran que RENIEC, viene vulnerando el derecho a la identidad de los menores nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada, el 52.9% de encuestados consideraron la opción “Casi Siempre”. Mientras que la opción “Siempre” fue considerada por el 23.5% del total de encuestados. Similar situación, se presenta en la opción “A Veces”, donde solo el 23.5% de encuestados consideró la opción en mención. Por lo tanto, se confirma la aceptación de la hipótesis, que existe una relación directa significativa entre la técnica de maternidad subrogada y la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú. Por lo tanto, los expertos doctrinarios de derecho de familia de nuestro país, nuestros operadores del derecho, así como las entidades jurídicas debería proponer en conformidad con nuestra legislación, se realice un proyecto de ley el cual se encargue de legislar de manera directa la figura jurídica de la maternidad subrogada, la cual otorgará protección jurídica a los niños y niñas que nazcan bajo esta modalidad. (p.125)

Zaldívar (2016); presentó la tesis titulada: “Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013”; en la Universidad Católica Santa María. En las conclusiones:

Resulta que el 44% de los abogados entrevistados dicen que no responden a la legalidad de la maternidad subroga. Esta situación muestra incertidumbre debido a la complejidad causada por la maternidad subrogada. En vista de esta situación, es necesario que los congresistas analicen cuidadosamente este problema y luego elaboren las regulaciones legales. Además, el 45% de los médicos encuestados no saben qué hacer, quién sería la madre del niño en caso de maternidad de reemplazo. Si fuera por la madre que queda embarazada, o si fue por la madre que dona los gametos, esta situación refuerza la necesidad de una regulación legal en esta materia. Finalmente, existe indudablemente un

vacío legal en la subrogación y, para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica, es esencial legislar sobre este tema. (p.153)

Villamarín, (2014), presentó la tesis titulada: La maternidad subrogada en el Perú: ¿problema o solución?; en la Universidad Católica Santa María. En conclusión:

Se puede apreciar que la maternidad subrogada cuenta con protección constitucional, la regulación sobre técnicas de reproducción asistida, especialmente con respecto a la maternidad subrogada, es casi nula en el sistema legal; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, aunque se trata de un problema relacionado con el tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e implica el ejercicio de varios derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada. Finalmente, al observar la primacía de los intereses del menor, se considera necesario reconocer legalmente a los padres de quienes confían en las técnicas de reproducción asistida conocidas como padres deliberados, ya que esta cifra se debe a la externalización de su voluntad.(p.161).

2.2. Antecedentes internacionales

González (2016), presentó la tesis titulada: La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social. En especial la maternidad por subrogación; en la Universidad Complutense de Madrid. Tuvo como conclusión:

Nos enfrentamos a una situación que tiene una posición complicada en el sistema legal debido a los problemas éticos, morales y religiosos. Es cierto que la mayoría de los argumentos utilizados para ir en contra de la subrogación quedan obsoletos a medida que la sociedad evoluciona y va en línea recta, por lo que es normal ver que las leyes y creencias se renuevan a medida que cambian los modelos que había encontrado. Todo esto sobre la base de que la ley no es una ciencia estática, sino dinámica, que debe cambiar y adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad. Como se discutió en el trabajo, nos

dimos cuenta a través del estudio de la enseñanza de la jurisprudencia y la enseñanza científica, que exige la compensación de la subrogación en casos de adopción y cuidado o incluso como una especie de maternidad, todos ellos se basaron en las técnicas de analogía.

Lo que es realmente importante en este punto es que debe tenerse en cuenta que el interés en la regulación de este asunto debe despertarse y, con suerte, en un futuro no muy lejano, una vez que este problema haya terminado, la subrogación por contrato puede llevarse a cabo en España y también ser reconocida como hijos de los padres comitentes o intencionales, este número está regulado como aceptación y cuidado como el derecho regido por el trabajo y la seguridad social ofrecidos a la madre.(p.94)

Cué (2016), presentó la tesis titulada: “Maternidad subrogada”; en la Universidad Panamericana. Tuvo como conclusión:

La maternidad subrogada actualmente es un tema muy controvertido ya que algunas personas alegan que existe violación de los Derechos Humanos por la instrumentalización humana, que al analizar la investigación se trata de ayudar al ser humano a preservar su especie, brindándole la posibilidad a personas estériles o infértiles de tener una familia. La regulación de la maternidad subrogada es necesaria ya que este tipo de práctica ya se lleva a cabo sin una regulación explícita que crea inseguridad y riesgos para los actores, el niño y la sociedad en sí. Creo que es urgente introducir una regulación sobre este tema, porque aunque esto no está regulado, de hecho está sucediendo, y es mejor regular la tecnología que se adapta al bien común, con límites, restricciones, estándares mínimos prohibidos.(p.122)

Guerrero (2015), presentó la tesis titulada: “Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional”; en la Universidad Abierta Interamericana. Que tuvo la siguiente conclusión:

En Argentina se ha demostrado lo importante que es tener una ley para reforzar la acción para mejorar la salud de las personas; que mediante una regulación de la maternidad subrogada, podemos realmente ver y aceptar el cambio al comprometernos con esta necesidad en la sociedad. Dado que esta es una ley específica y no, como lo propone el Código actual, en relación con las técnicas

de reproducción asistida, que incluyen algunos artículos y los engloban, cuando debe ser más específico y único, que pueda dar una respuesta inmediata, y por lo tanto lograr una unión entre la realidad científica, la moral y la necesidad social, para hacer efectivo el control legal. (p.55)

Arévalo (2016).presentó la tesis titulada: Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos; en La universidad Católica de Colombia. Se concluyó:

Es necesario determinar para qué jurisdicción se deben resolver los conflictos que surgen de un tratado de subrogación, ya que es difícil resistir el progreso científico. En España, la práctica de la maternidad por subrogación estaba expresamente prohibida, pero después de las disputas legales, se ha logrado que se acepte que los hijos de ciudadanos españoles nacidos de esta práctica en otro país pueden registrarse libremente en el País Vasco. En los Estados Unidos, la práctica es legal, se debe concluir un contrato y las diferencias resultantes se deciden en los tribunales de acuerdo con las normas del derecho de familia. Además, ya existe una jurisprudencia que permite al funcionario judicial obtener asistencia legal para decidir la resolución de la disputa. Y por último, la práctica de la subrogación en Colombia se trata en el artículo 42 de la Carta Política. Las normas legales deben progresar al mismo ritmo que la ciencia; de lo contrario, nos veremos en una situación en la que la legislación regula las cuestiones obsoletas y no se adapta a la realidad científica y al progreso que se puede lograr. (p.92)

Vicuña (2015) presentó la tesis titulada: “La maternidad subrogada y el derecho a la reproducción”; en la Universidad Técnica de Ambato. Llegó a la siguiente conclusión:

En Ecuador, las razones principales por las que las parejas acceden a la maternidad subrogada se deben a la infertilidad y esterilidad irreversibles. Desafortunadamente, en los últimos años estas enfermedades se han vuelto tan frecuentes que en los próximos años se considerarán como problemas de salud pública y el Estado se verá obligado a crear los mecanismos necesarios para encontrar una solución. La Red Latinoamericana es una institución encargada

en América Latina de la acreditación de médicos y clínicas que realizan reproducción asistida, lamentablemente, no se ha encontrado ningún organismo en Ecuador que se encargue de esto, peor aún, no hay una ley que regule el proceso que debe seguirse en los casos de subrogación para los cuales se requiere una reforma de la Ley de Salud Orgánica, que establece los parámetros para el logro de la maternidad subrogada, basada en la dignidad y la integridad física de las personas.(p.71)

CAPÍTULO III: DERECHO A LA VIDA

3.1. Concepto

El derecho a la vida es el derecho a la existencia física y a acceder a una vida digna. Es también uno de los derechos humanos más importantes, pues su goce es requisito indispensable para el disfrute de todos los demás. Todos los seres humanos gozan de este derecho desde el momento mismo de la concepción. El Estado debe asegurar los medios para que el ejercicio del derecho a la vida se dé en condiciones de dignidad. (Ávila, 2013, p.18)

Citaremos a otros autores sobre la conceptualización del derecho a la Vida.

Según Evans (2004) nos dice: que todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida... (...) La vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal. (p.113)

Según Ugarte (2006)

El derecho a la vida es necesario entenderlo como un derecho natural y obra de Dios, que se tiene por el solo hecho de ser persona, y que consiste en el derecho de mantener la vida o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, en el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. (p.509)

A lo que diremos que el derecho a la vida constituye un bien jurídico constitucional objetivo y un derecho de defensa, no disponible por la persona.

3.2. Fundamentación jurídica del derecho a la vida

Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. La persona humana adquiere la condición de sujeto de derecho desde su nacimiento. El concebido goza de la condición de persona: se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad. El niño es sujeto de derechos, de libertades y de protección específica. Es sujeto de derecho “en todo cuanto lo favorece”. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. La atribución de

derechos patrimoniales a su favor está condicionada al hecho de su nacimiento vivo. Como niño el concebido tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. (Cornejo, 2010, p.56)

La expresión “El que está por nacer” de las Constituciones de 1979 y de 1993 permite precisar que –producida la concepción- se está ante un ser ya existente cuyo nacimiento tendrá lugar en futuro próximo perfectamente determinable, es decir ante vida humana titular de derechos, siendo el primero de ellos el relativo a la protección de su existencia, esto es de la vida de la que ya goza como ser humano. Para el ordenamiento legal peruano los actos cometidos en agravio de un ser ya procreado constituyen delitos contra la persona: el concebido goza de la condición de persona.

Es pertinente resaltar en el antedicho texto constitucional un hecho de interés: la referencia “al que está por nacer” del numeral 1 de su artículo 2 constituye expresión que permite precisar que –al haberse producido ya la concepción, es decir ante vida humana titular de derechos, siendo el primero de ellos aquel relativo a la protección de su existencia, esto es de la vida de la que ya goza como ser humano. (Cornejo, 2010, p.57)

La Ley General de Salud – Ley 26842 dispone en el artículo III de su Título Preliminar que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

3.3. Constitucionalmente donde se inicia la vida

El art. 1 de la Constitución peruana establece que “la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado”. En su art. 2º prescribe: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Los agentes del derecho deben enfrentar los problemas más importantes que plantean los avances científicos en relación con el inicio de la vida humana. Se denomina embrión al ser humano desde el momento de la fecundación, esto es, desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide hasta los primeros meses de vida. Se trata de un individuo de la especie humana distinto y dinámicamente autónomo respecto de la madre cuyo desarrollo es un proceso continuo ordenado por tres principios: la coordinación —de acuerdo a la información contenida en el genoma—, la continuidad y la gradualidad.

El Código de los Niños y de los Adolescentes, promulgado el 7 de agosto del 2000, precisa en el art. I del Título Preliminar, que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad”

Continúa en el art. 1: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”. Queda clara la protección al concebido, que le da una especial consideración en cuanto señala que se es niño desde el momento de la concepción.

La Ley General de Salud 26842 del día 15 de julio de 1997, establece principios que guían las políticas en materia de salud y regula que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, siendo éste derecho a la salud irrenunciable. Establece que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

Con posterioridad a la Ley General de Salud, el Decreto Supremo n° 013-2001-SA, del 28 de abril del 2001, estableció el Consejo Nacional de Bioética.

En el año 2011, el 27 de julio, se aprobó el Decreto Supremo 011-2011-JUS, que establece la necesidad de seguir los principios de la Bioética en su relación con los Derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de Bioética y Derechos humanos de la Unesco (2005), para el diseño de políticas públicas en temas relevantes de Bioética.

El concepto de persona que utiliza nuestro Código civil (1984) hace una separación entre “existencia legal” de la persona y existencia natural: la primera comenzará con el nacimiento y la segunda con la concepción. Una interpretación sistemática del Código civil, y del texto recogido en la Constitución, junto con las leyes que acabamos de mencionar, nos lleva a afirmar que el *nasciturus*, el que está por nacer, es considerado un ser humano y, por ello, una persona con derecho a la vida, no con un simple interés o bien jurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico la vida del *nasciturus* es un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional.

CAPÍTULO IV:

DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA FAMILIA

4.1. Concepto de identidad

Es un conjunto completo de características con las que una persona o un elemento se pueden identificar o distinguir fácilmente. Esto puede tener ciertas variaciones o modificaciones según la experiencia, las vivencias e incluso la edad.

Se entiende por derecho a la identidad como aquel derecho que tiene toda persona de conocer quienes fueron procreados; con lo cual se abre la posibilidad de conocer a las personas que nos dieron la vida. Sobre el particular, el jurista señala lo siguiente: “se puede tratar de definir el derecho a la identidad como un derecho humano y fundamental para el desarrollo de todas las personas y de la sociedad misma” (Varsi, 2001, p. 226).

Asimismo el referido autor nos dice:

“Toda persona tiene derecho a la identidad, en lo que respecta, se debe decir que, el hombre es un “todo” en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos, en fin, todo lo que permite la vida y la socialización. Es el ente animado, racional y libre que creó el Derecho para su vida en relación.” (p. 51)

Constitución de 1993 Artículo 2° inciso 1 El cual prescribe que: “toda persona tiene derecho a su identidad”.

El derecho a la identidad es un derecho fundamental para el desarrollo del ser humano, mediante el cual se proyecta y reconoce la denominada autoconstrucción personal; la cual nace de las características particulares de cada persona.

El Código Civil (1984) Artículo 19° Que señala que:

“toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”

El Código civil protege el derecho a la identificación de la persona, permitiendo que cada ciudadano peruano cuente con un nombre. Asimismo, de la redacción

se observa que el código enlaza el artículo 19° con el inciso primero del artículo 2° de la carta magna, amparando de esta manera el derecho a la identidad en el texto civil vigente.

Código del niño y el adolescente (2018) en su Artículo 6° Donde se establece en su primer párrafo que: “los niños y los adolescentes tiene derecho a la identidad”.

El cuerpo normativo en mención, considera -teniendo como base tanto la legislación nacional como los convenios y demás textos internacionales, que cada infante tiene derecho a su identidad.

El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a identidad, el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad. (Palacios, 2003, p.7)

El derecho a la Identidad personal supone por cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación. (Palacios, 2003, p.7)

El derecho a la identidad implica un reconocimiento a la revelación del propio ser. Debe primar siempre tal como lo referimos en nuestra tesis de bachiller en 1990, fundamentalmente el derecho a la identidad en su faz estética que está representada en el origen genético biológico de la persona. Y es que el derecho a la identidad está comprometido por lógica consecuencia, con la dignidad personal, medula jurídica del ser humano, que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el derecho constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana. (Varsi, 2010, p.147)

La Técnica de procreación afectan este derecho y no puede negarse a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidades, cuando en su generación ha estado de por medio la asistencia reproductiva. (Varsi, 2010, p.237)

A lo que diremos que en el Perú, la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano porque le permite adquirir otros derechos fundamentales a lo largo de su vida, como la ciudadanía. Carecer de identificación convierte a las personas en invisibles para la sociedad y las acerca

a la arriesgada condición de apátridas porque no figuran en registro oficial alguno. Por ello el Gobierno ha efectuado los mayores esfuerzos para dotar del documento nacional de identidad (DNI) a todos los peruanos.

El concepto de identidad personal tiene un aspecto estático y otro dinámico.

En el aspecto estático, es más amplio que normalmente aceptado, restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aun estado civil) conocer cuál es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona. .

El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático que lo define e identifica así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de este múltiple elemento caracteriza y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros. (Palacios, 2003, p.23).

Como democracia moderna, el Perú ha suscrito una serie de instrumentos internacionales que velan precisamente por el derecho a la identidad, adquirido desde el momento en que una criatura nace y se convierte en sujeto de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece, por ejemplo, que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Incluso obliga a que el Estado se comprometa a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

En los últimos años la aspiración lógico-natural de lograr la concordancia entre el emplazamiento familiar de la persona y su presupuesto biológico ha sido puesta de relieve con especial énfasis en lo que se ha dado a llamar el derecho a la identidad personal (Sambrizzi, 2004, p.12)

Esa parte del sujeto que determina el conjunto de cualidades que lo diferencia de los demás, que lo hacen único en la especie, en la sociedad y en la familia.

Nora Lloveras (1998) considera que:

“La identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella –los progenitores o padres- y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social” (p. 256).

La fuerza de este vínculo es tal que atrae naturalmente entre sí a los ascendientes con sus descendientes. El *derecho a la identidad* implica un reconocimiento a la revelación del propio ser. Fundamentalmente dicho derecho en su eficaz estática que está presentada en el origen genético biológico de la persona (Ortiz, 2005: p.1). Y es que el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal (Rivera, 1993, p.12) médula jurídica del ser humano- que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el Derecho Constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana (Lora, 1998, p.7).

A todo esto consideramos, como lo rescata González (2007) que la Ley N° 28457 (regula el proceso de filiación judicial de paternidad y su moderno tratamiento) protege en especial el derecho a la identidad del niño, derecho reconocido como fundamental por normas nacionales e internacionales.

Partimos de la Constitución que reconoce en su artículo 2°. A nivel nacional, el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niños, señala que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Asimismo, de acuerdo al artículo 7°.1 de la mencionada Convención y al artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente, el derecho a la identidad comprende el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

Por lo que Varsi (2006) indica:

Que se reconoce la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre encima de los derechos

individuales del presunto progenitor está el derecho al menos a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa, todo ello parte del denominado derecho a la identidad del niño (p.148).

El derecho a conocer nuestra identidad es la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible. Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtener el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres. Las técnicas de procreación afectan este derecho y no puede negarse a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidad cuando en su generación ha estado de por medio, la asistencia reproductiva (Varsi, 2010, p.237)

4.2. Formación de la identidad

Es dentro del seno familiar donde se acunan y se nutren aquellos valores sociales, más generales que configurarán no solo la identidad personal del individuo, sino la identidad cultural del país y la personalidad colectiva. Aunque muchos autores consideren lo contrario es sumamente difícil que la escuela pueda transmitir e internalizar determinados valores que vayan en contra de lo que sustente en núcleo familiar, a que los valores básicos que sustentan la personalidad del individuo y que forman su parte de fibra íntima y emocional fueron adquiridos por activa o por pasiva a través de la interacción entre sus disposiciones genéticas y las experiencias habidas en su tierna infancia. De allí que social y culturalmente la educación familiar adquiere suma y justa importancia. Por eso en las sociedades de avanzada la educación de los hijos se han hecho sumamente trascendentales. Si bien no se puede dejar de lado la relevancia de los conocimientos que se deben aprender en la escuela, es decisivo el entorno familiar para adoptar un criterio propio que lo puede dar solo la familia, en una sociedad donde somos bombardeados constantemente por información contradictoria (Placido, 2003, p. 11).

Es un proceso que está configurado por ciertas condiciones humanas desde el momento del nacimiento, junto con ciertos hechos y experiencias básicas. La

identidad emerge de lo anterior al darnos una imagen compleja de nosotros que nos permite actuar de manera coherente de acuerdo con nuestras ideas.

Como dice el maestro Fernández (1990), la identidad personal es la “manera de ser” como la persona se realiza en la sociedad. Pero no necesariamente debemos limitar el derecho a la identidad al aspecto personal, es decir a un determinado conjunto de situaciones o categorías jurídicas, sino que debemos entenderlo de una manera amplia y heterogénea, producto de las vivencias y de la bioquímica del ser humano; como nos ilustra Vila (1992), “La identidad personal es un haz de fuerzas resultante de la fuerza expansiva del *código genético* que es el principio intrínseco de actividad, modificado por los impulsos procedentes del *hábitat* y, ambos a su vez, atemperados o dirigidos por el ejercicio efectivo de la libertad” (p. 76).

4.3. Clases de identidad

La identidad se funda en que el ser humano es complejo y tiene multiplicidad de aspecto vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático que lo definen y lo identifican, así como existe aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. (Placido, 2003, p.3).

El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros.

Según Placido clasifica los tipos de identidad son todo lo que hace a las personas y las divide en grupos. Estos incluyen la edad, la cultura, la relación, la política, la religión, el profesional, la identidad intelectual y los de interés. (Placido, 2003, p. 7).

- Identidad etaria: Se refiere a la forma de actuar de las personas, y sirve para identificar a los grupos de humanos que se encuentran en un mismo rango de edades.
- Identidad relacional: no es más que la imagen que se crean las personas de sí mismas, estableciendo esto a partir de la relación que tienen con sus seres queridos y con quienes le rodean. Esto quiere decir, que mientras mejor sea dicha relación, mayor será la confianza que se tenga.

- **Identidad cultural:** Son el sello que caracteriza a un país, Estado o pueblo, sus costumbres, arte y tradiciones, así como las similitudes en la forma de comportarse, el nivel de educación que recibe su gente. También se incluye en esto su idioma y la raza de las personas del lugar.
- **Identidad política:** Se interpreta como que cada ser, comunidad o grupo son una combinación única y original, con factores completamente irrepetibles. Sin embargo entre algunas personas, grupos e incluso comunidades enteras puede existir alguna semejanza, pero nunca igualdad.
- **Identidad religiosa:** Es pertenecer a una religión existente, sin embargo no se trata únicamente de decir que se es parte de ella, sino que también se actúa según su doctrina y además se va profesando a otros la palabra de la misma.
- **Identidad vocacional:** Se entiende como el proceso que incluye o supone ciertas conductas sucesivas, las cuales marchan según la elección de cada quien, y marcan una orientación hacia algo determinado, normalmente un campo sin demasiadas expectativas, más bien basándose en la realidad.
- **Identidad intelectual:** Se usa para nombrar a una serie de personas que se regulan en monopolios artificiales que van sobre ideas, marcas y otras cosas que disipan la naturaleza.
- **Identidad de intereses:** Según sus gustos, aficiones o deportes.
- **Identidad de clases:** Es la clase social a la que pertenecemos y en la que nos desarrollamos generando una identidad que nos diferencia, por ejemplo, de la clase media, la clase baja o la clase alta.
- **Identidad de género:** Es el tipo de género con el cual nos identificamos y tiene su origen en la forma en la que somos tratados por las personas a nuestro alrededor y la sociedad en general.

4.4. Familia

4.4.1. Concepto y finalidad

A este respecto se entiende que la familia más allá de ser la base fundamental de la sociedad en la que vivimos, desde el punto de vista natural, debe estar

unida de por vida. En el plano evolucionista se tiene que la familia ha evolucionado en su conjunto y no solo ella, sino también la sociedad con esta. Familia proviene del latín *Fames*, hambre o primera necesidad que se satisface en el hogar, luego, *famulus*, esclavo o el que habita la casa. En uno y en otro sentido se trata del primer círculo de la vida del hombre y la satisfacción de las necesidades primarias. (Peralta, 2008, p.36)

La familia puede conceptuarse de dos modos: teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, su evolución y también un momento determinado de su desarrollo, su estado actual.

En cuanto al primero la familia es una categoría histórica, es decir un fenómeno, social, mutable, basado en el matrimonio y en el parentesco, cuya composición, formas, funciones y tipo de relaciones varían en cada una de las etapas del desarrollo social y dependen de una serie de factores principalmente, de las condiciones económicas – sociales en que viven y se desarrollan.

Sociológicamente la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

De una perspectiva Jurídica la idea de la Familia puede ser concebida de dos maneras:

En su acepción lata, Adriano de Cupis citado por Cooral Talciani afirma que la familia es un grupo social basado en la voluntaria unión sexual entre individuos de sexo diverso y con un fin de humana solidaridad. (Peralta, 2008, p.36)

El profesor Argentino, Arturo Yungano, la conceptua“ una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes , descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco y que constituye el grupo humano fisiogenetico y primario por excelencia , esta noción si bien es importante porque determina principalmente quienes son las personas que las integran y con qué otras están relacionadas , no lo es en cuanto dominan los criterios tradicionales de hecho y de autoridad. (Peralta, 2008, p.37)

En su significación restringida podemos definirla manifestando que ella es una institución natural, social y jurídica que está formada por el padre, la madre y los hijos que se hallan bajo su patria potestad. Agrupa a un conjunto de personas, padres e hijos principalmente, unidos por vínculos de matrimonio, el parentesco y la adopción establecidos por ley. El parentesco por consanguinidad es indefinido en la línea recta y hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la línea colateral. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de la ley.

Corral Talcini Citando la enseñanza de la cruz, expone que la Familia persigue tres finalidades: una Natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así, el género Humano, otra económica consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan, una tercera, moral y espiritual, es decir el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos, y el cuidado y la educación de la prole. (Peralta, 2008, p.38)

Desde otro punto de vista, la concepción tradicional de la familia como institución fundada en el matrimonio también ha sufrido notables cambios. En efecto, junto a la familia matrimonial han surgido otros supuestos de relaciones familiares originadas en uniones no matrimoniales reconocidas legalmente. En este punto es preciso además tener en cuenta el progresivo incremento de las familias monoparentales, muchas de ellas basadas no en una convivencia previa sino en una relación de parentesco existente entre una persona y sus descendientes por generación o adopción- entre ellas, la derivada de la reproducción humana asistida-, siendo estos factores los que han supuesto que la tradicional vinculación existente entre el matrimonio y la familia haya quedado disociada.(Abellán y Sánchez, 2009, p.3)

4.4.2. Importancia de la familia

En palabras de Castan Tobeñas se puede advertir la importancia de la familia expresa “ en todo tiempo ha sido y es la familia la verdadera célula de la sociedad base y piedra angular del ordenamiento social”, no solo porque constituye el grupo natural e irrenunciable que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino porque es en su seno donde se forman y

desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que se necesitan para mantenerse saludable y prospera la comunidad política. (Abellán y Sánchez, 2009, p.31)

4.4.3. Teorías de la familia

El origen de la familia, célula primaria y vital de la sociedad, se remonta a tiempos inmemoriales siendo dos la teoría que explican su génesis: las providencialistas y las evolucionistas.

La teoría providencialistas parte de la idea de que Dios creo a los cielos y la tierra, todo era confusión y no había nada sobre la tierra y dijo hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza entonces formo al hombre con el polvo de la tierra y luego la primera pareja en el paraíso terrenal. Se habla de las sagradas escrituras, de la familia patriarcal y algunos autores fundamentan ese concepto como resultado de la tendencia natural del ser humano de vivir “agrupado” para contrarrestar los peligros y las necesidades comunes. (Peralta, 2008, p.32)

El párrafo supra deja en evidencia que la familia siempre ha sido y será la célula primordial de la sociedad humana. Desde tiempos antiguos la familia siempre ha sido lo más importante, siendo que Dios mismo la instauro.

De la familia natural, en el sentido expresado, surge el estado y por ello los antiguos juristas como Modestino definieron a la familia como una relación para toda la vida y como principio de la sociedad y semillero de la república.

La teoría Evolucionista, basados en el estudio de la investigación realizadas por Lewia H. Morgan, Federico Engels, Karl Marx y otros quienes aportan pruebas científicas demuestran el origen y la evolución no solo del hombre, la familia, sino también de la sociedad. (Peralta, 2008, p.32)

4.4.4 Naturaleza jurídica de la familia

Sobre el particular la doctrina y la legislación se han elaborado las posiciones siguientes:

Institución Natural, Pedro Bautista y Jorge Herero nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que, desde este ángulo, deberá entenderse

como el grupo constitutivo por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación. En ese sentido, se trata de un hecho natural o hecho biológico, característica de cada ser, involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender uno de los otros, o de un progenitor común, genera entre si lazos de sangre.

La relación jurídica presupone, la realidad de la familia misma, por eso se la ha definido como un régimen de las relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión intersexual y de la procreación. (Abellán y Sánchez, 2009, p.41)

El sustrato de la relación jurídica, atiende a la existencia de vínculos biológicos básicos, es decir, naturales, lo cual no impide que por razones de política familiar la ley establezca una relación sin presuponer el vínculo biológico o natural básico, como acaece en la adopción y también en la Reproducción Humana Asistida como consecuencia del desarrollo de las ciencias biomédicas y biotecnológicas que no pueden apartarse totalmente de la naturaleza.

La Institución social, desde la óptica de la sociología, refiere Bossert y Zannoni que la familia es el núcleo central de la sociedad, es decir, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco, constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad. (Abellán y Sánchez, 2009, p.41)

La Constitución Peruana reconoce a la Familia como “Institución Fundamental de la Sociedad” lo que significa el reconocimiento por parte de la comunidad y del estado como un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Dicho de otro modo implica el derecho del varón y de la mujer de contraer matrimonio y fundar una familia, que es la célula fundamental e irrenunciable de la sociedad a la cual la comunidad y el estado le deben protección.

4.4.5. Derecho a vivir en torno a una familia

Conforme refiere Levi-Strauss (2004) la familia es una formación psicológica, sociológica o antropológica universal. Existen dos formas de constituir familia. Una legal, a través del matrimonio o de la adopción, y otra de hecho, a través de las uniones de hecho.

En términos comunes diremos que es producto del matrimonio que surge la familia, y ésta se realiza a través de la procreación, cuando los padres son biológicamente aptos para engendrar a su descendencia.

La familia tiene una doble función: biológica y espiritual, a efectos de lograr, de acuerdo a la primera, la procreación de los hijos, y por la segunda, su educación, asistencia moral y fidelidad en el seno del hogar. La procreación en sentido estricto es fruto del matrimonio; de una dualidad bendita y formalizada por la ley. “La procreación de una nueva persona, en la que el varón y la mujer colaboran con el poder del Creador, deberá ser fruto y el signo de la mutua donación personal de los esposos, de su amor y fidelidad” (Varsi, 1997, p.130)

En el marco del derecho constitucional, es interesante señalar que, en su origen, la ideología de los derechos humanos fue totalmente ajena a los derechos de la familia.

En efecto, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no existe referencia alguna a preocupaciones o problemáticas de orden familiar, las palabras claves son libertad, igualdad, propiedad y seguridad; el domicilio no es el lugar donde reside la familia sino aquel donde vive el hombre, y la mujer es ignorada por completo en el texto de la declaración. Esta deliberada omisión ha sido subsanada a lo largo del tiempo mediante sucesivos y complementarios instrumentos internacionales que realzan el papel fundamental de la familia en la sociedad y en la formación de los hijos, y le reconocen y garantizan una adecuada protección en sus más diversos aspectos y manifestaciones. Desde esta perspectiva, las convenciones internacionales refieren hoy en día lo que se ha dado a llamar derecho a la vida familiar. (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI) indica que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una y todo niño a «crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» para el «pleno y armonioso desarrollo de su personalidad» (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, primer párr.))

De allí que el Estado deba asegurar a la familia «la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea

responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo» (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978, artículo 17)

Por tanto, para determinar el concepto constitucional de familia, se debe admitir que esta es el fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición y que, por ello, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo que han influenciado en la evolución del derecho de familia.

Este contexto obliga a considerar que tales transformaciones tienen una incidencia directa en la caracterización del modelo constitucional de familia, el que debe ser esbozado como uno receptivo desde el pluralismo y la tolerancia, y considerando el principio *pro homine* que busca dar mayor vigencia a los derechos humanos. (Placido, 2013, p.18)

Los artículos 4° y 6° de la Constitución del Perú, vigente (1993) permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, apreciado en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos.

Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto.

A lo que diremos; que la noción constitucional de familia no alude, pues, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque las implique como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios.

Todo intento de «ensanchar» lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, de nuestra Constitución vigente (1993) sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial, al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación.

La Constitución del Perú (1993) precisa que la familia, en el artículo 4° obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos determinados, un

modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

4.5. Diferencias con respecto a la familia en las Constituciones de 1979 y 1993

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios:

a) Mientras que en la Constitución de 1979 matrimonio y familia aparecen vinculados; en la Constitución de 1993, están desvinculados.

En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

b) Mientras que en la Constitución de 1979 la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993 sí lo es.

En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia.

En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas. Se está, pues, ante la desinstitucionalización del matrimonio, pues este no es la única fuente de la que se genera una familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia.

4.6. Derecho a procrear

El derecho a procrear estaría comprendido por los siguientes elementos o aspectos: (a) el derecho a fundar una familia, (b) el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos, (c) el derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar, (d) el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial. (Moran de Vicenzi, 2005, p.162)

En ese marco abre, un abanico de posibilidades para que las parejas por cuestiones de infertilidad accedan a fecundación asistida.

La procreación entendida como hecho natural y humano no solo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de las parejas carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja. El desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. (Moran de Vicenzi, 2005, p.168)

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial, han llevado a defender la existencia del “derecho a procrear” o “derecho a la procreación humana”, y como una de sus manifestaciones la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial. (Moran de Vicenzi, 2005, p.162)

Hablar del contenido de un derecho es hacer referencia a su núcleo irrenunciable e inmodificable que constituye su propia identidad. (Moran de Vicenzi, 2005, p.165)

Por lo mismo, precisar el contenido esencial del derecho a procrear es determinar su propia naturaleza y, a su vez, el ámbito que deberá ser respetado por el estado, y los demás sujetos, para que este derecho siga siendo tal.

En este sentido, la doctrina conviene en afirmar que el contenido del derecho a procrear puede separarse en dos aspectos. Uno positivo que comprende la decisión de procrear además de la libre elección de con quién y cuándo hacerlo, y uno negativo que protege la decisión del sujeto de rechazar su propia procreación, así como cualquier interferencia estatal o de terceros en el ejercicio de la capacidad de procrear. (Moran de Vicenzi, 2005, p.167)

A continuación la referida autora nos explica, que son necesarios los medios artificiales para lograr la procreación, lo está basado en la autonomía y la libertad de la persona.

En especial, si este último comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear o mantener a la prole, entre ellos, el recurso a las técnicas de fecundación artificial. Una primera postura afirma que la libertad personal la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares, consideradas, como valores de rango superior permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sean naturalmente, sea mediante reproducción artificial. Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla mientras que cualquier limitación de la misma debe ser considerada, como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no solo permite elegir cuando y con quien sino también cómo hacerlo. (Moran de Vicenzi, 2005, p.167)

El derecho a procrear estaría comprendido por los siguientes elementos o aspectos: (a) el derecho a fundar una familia, (b) el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos, (c) el derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar, (d) el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial. (Moran de Vicenzi, 2005, p.168)

Para Zarraluqui el derecho a la reproducción concierne a la individualidad propia con asiento en la propia naturaleza del hombre. La vida, primer objeto de protección del hombre, trasciende de la que es propia de cada individuo. (Moran de Vicenzi, 2005, p.176)

El fin de las técnicas de la reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas infértiles y estériles por lo cual debe estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación de la filiación eficiente. , que no solo construya sino que establezca la filiación de todo los concebidos y nacidos por estos medios. (Varsi, 210, p. 238)

CAPÍTULO V:

INFERTILIDAD Y TECNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

5.1. Infertilidad

Para Farnos (2011) dificultad para concebir o llevar un embarazo a término, pese a mantener relaciones sexuales sin utilizar métodos anticonceptivos de forma regular durante un periodo determinado. Se trata de una definición funcional que parte de un cálculo estadístico basado en la probabilidad acumulativa de concepción en una población de parejas que mantienen relaciones sexuales sin anticonceptivos, durante un periodo que varios organismos fijan en dos años. No obstante, de acuerdo con la definición medica estándar, una pareja es infértil si el embarazo no se produce después de un año manteniendo relaciones sexuales regulares sin utilizar métodos anticonceptivos. (p.29)

Esta definición ha sido criticada por los que consideran que responde al interés del sector médico, de acortar el periodo entre la diagnosis de la infertilidad y el inicio del tratamiento, en especial porque alrededor de la mitad , las parejas que son infértiles de acuerdo con la definición estándar, conciben de forma natural durante el año siguiente. Más allá de la infertilidad médica, que es la que responde a la definición que se acaba de dar, recientemente también se ha apuntado a la infertilidad estructural y cultural, conceptos muchas veces interrelacionados.

El concepto de tiempo razonable es discutible; la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1992) así como la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana (ESHRE, 1996) en su recomendación menciona un plazo mínimo de dos años para desarrollar el embarazo; si éste no ocurre después de ese tiempo, la pareja es considerada infértil. Desde un punto de vista práctico, la mayoría de los médicos inician los estudios de una pareja infértil luego de un año, de haber fracasado los intentos de embarazo. Además, debido al impacto de la edad sobre la fertilidad, cuando una mujer tiene más de 39 años, podría ser aconsejable comenzar el estudio aunque solo hayan transcurrido seis meses de intentos fracasados.

La OMS configura la infertilidad, y por extensión la esterilidad, como una enfermedad. La mayoría de los autores que defienden la existencia de un derecho a tener hijos coinciden con este criterio, aunque la cuestión está ampliamente discutida, pues la definición no es neutra y plantea una serie de cuestiones relacionadas con el acceso a las TRA y su financiación. Mientras que organismos representativos del sector médico presentan la infertilidad como una enfermedad, otros se oponen a ello afirmando que las TRA no dejan de ser un procedimiento electivo. Además, cuando la infertilidad es de origen masculino las TRA siguen aplicándose sobre la mujer. En esta línea también se argumenta que la infertilidad es más un síntoma que una enfermedad, y que puede obedecer a causas psicológicas o desconocidas.

Desde el punto de vista médico la esterilidad se refiere a la imposibilidad absoluta e irreversible de concebir, mientras que la infertilidad es la dificultad de concebir o llevar a término un embarazo, tras mantener relaciones sexuales, sin utilizar métodos anticonceptivos durante un periodo determinado. (Farnos, 2011, p.27)

El termino infertilidad es para muchos especialistas en el ámbito anglosajón sinónimo de esterilidad. Se ha entendido como infertilidad la incapacidad para generar gestaciones, capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal. Por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc. En la actualidad, se tiende a preferir el término “pérdida gestacional recurrente” para designar este conjunto de procesos. (Abellán y Sánchez, 2009, p.226)

En consecuencia, no se justifican los límites estrictos para comenzar un estudio de una pareja infértil, dado que el tiempo de espera debería estar relacionado con la edad de la mujer, los antecedentes de alteraciones que afectan la fertilidad, los deseos de la pareja, etc.

5.1.1. Infertilidad en el Perú

Se considera que los números son importantes, se puede hacer el siguiente análisis.

La literatura menciona que la infertilidad afecta a más de 15% de personas en edad fértil en el mundo. Según la Revista de Ginecología y Obstetricia (2012)

nos indica que, sobre el número real de peruanos en edad fértil y considerando solo el 15% existiría un promedio de 1 088 876 de personas que podrían estar necesitando de tratamientos por su problema de infertilidad, lo cual representa una importante magnitud.

La infertilidad tiende a ser un problema que desde su origen y por su duración puede señalársela de crónica. Así, una de las causas fundamentales de infertilidad son las infecciones, las cuales desde su inicio hasta que produzcan un daño en las trompas puede tomar años, sin que la paciente lo advierta. Esta es una enfermedad crónica que genera discapacidad, ya que el individuo es incapaz de tener hijos y puede vivir con el diagnóstico de infertilidad por muchos años. Aunque esta no deteriore directamente su salud física, es según las investigaciones clara causante del deterioro de su salud mental y por consecuencia muchas veces del deterioro de su salud física. (Roa-Meggo, 2012, p.15)

5.1.2. Causas de la infertilidad

Desde la perspectiva de Farnos (2011) Los posibles causales de la infertilidad, la perdida gestacional repetida puede ser consecuencia de distintos trastornos:

- Alteraciones genéticas: son sin duda las causas más frecuentes de aborto recurrente Y que tiene que ver con la edad avanzada de la mujer, a partir de los 35 años de edad , el potencial reproductivo disminuye y después de los 40 años, la posibilidad de embarazo es menor del 10%. Es decir a medida que aumenta la edad de la mujer aumenta la probabilidad de que las anomalías ya presentes en el ovocito del cual deriva. La edad materna avanzada es sin duda la principal disminución de la fertilidad, aborto de repetición y alteraciones cromosómicas fetales.
- Factor tubo-peritoneal: cuando las trompas de Falopio se encuentran con algún tipo de lesión.
- Alteraciones anatómicas del útero: son mucho menos frecuentes, pero muchas de ellas son abordables mediante tratamiento quirúrgico, por lo que tienen mejor pronóstico. Pueden ser congénitas como malformaciones uterinas (Endometriosis, cuando el tejido uterino se

encuentra fuera del útero), insuficiencia cervical, o adquiridas (miomas, sinequias, o de origen desconocido.

- Alteraciones endocrinas y metabólicas: algunas enfermedades generales, como la diabetes mellitus severa, cáncer y ciertos trastornos tiroideos, asma, pueden ser causa de aborto de repetición en fases de descompensación o mal control metabólico, pero estas situaciones son poco frecuentes. Ciertas alteraciones de la función hormonal del ovario también se han relacionado con el incremento del riesgo de aborto, aunque no se ha establecido con claridad su importancia causal, que probablemente es escasa.
- Infecciones: aunque muchos agentes infecciones se han considerado causa potencial de aborto de repetición, solo la sífilis es causa probada de aborto recurrente de origen infeccioso.
- Trastornos inmunológicos y vasculares: la alteración del funcionamiento del sistema inmunitario, y la existencia de ciertos trastornos de la coagulación de origen genético pueden favorecer la lesión de los vasos de la placenta en formación, que sufren trombosis y pierden su capacidad de nutrir el embrión en crecimiento. Estos problemas no son frecuentes, y para su diagnóstico riguroso no basta la simple alteración de las pruebas analíticas. (p.236)

Desde el punto de vista fisiológico, la infertilidad se asocia a disfunciones hormonales y anormalidades anatómicas, congénitas o adquiridas, como p.e. la obstrucción de las trompas de Falopio, la causa de infertilidad más común entre las mujeres. Tradicionalmente, la infertilidad se ha visto como un problema asociado a éstas, aunque estudios epidemiológicos e informes recientes destacan su cada vez mayor incidencia en los hombres. (Farnos, 2011, p.30)

Los dos miembros de la pareja contribuyen en una proporción similar, a la infertilidad, aunque la de factor femenino sigue siendo sensiblemente superior, en especial en los países subdesarrollados:

El citado informe de la OMS *infecundity, Infertility, and Childlessness in Developing Countries* advertía de que en un 12,8% de los casos se diagnosticó un factor de importancia en la

mujer, mientras que en el hombre no existía ninguna causa demostrable, y en el 7,5% de los casos existía un factor relevante en el hombre sin causa demostrable en la mujer. En el resto de casos, la causa de la infertilidad era mixta, o bien desconocida.

En España los últimos datos apuntan a que las causas de infertilidad son compartidas en la misma medida por hombre y mujeres, y en el acceso a determinados tratamientos se aprecia incluso una ligera mayor incidencia de las de factor masculino.

Las causas de infertilidad femenina son múltiples y se pueden localizar en cualquiera de los tramos del aparato genital, ya se trate de los ovarios o las trompas de Falopio (como sucede con más frecuencia), o en el útero o la vagina. En el hombre, las causas más frecuentes de infertilidad se explican por ausencia de esperma (azoospermia) o por su escasez o calidad insuficiente (oligospermia).

La OMS ha puesto de manifiesto que la carga de la infertilidad se comparte de forma desigual por razones biológicas y sociales, ya que en los países subdesarrollados es mayor la incidencia de problemas tubárico, y en general, de la infertilidad debida a enfermedades infecciosas que afectan a las mujeres.

Junto con las causas femeninas, masculinas y mixtas o multifactoriales, existen, casos de infertilidad idiopática, que es aquella sin causa aparente o de origen desconocido, que se aprecia entre el 15 y el 25% de las parejas infértiles. En algunos de estos casos, en especial cuando afectan a parejas jóvenes, se opta por no tratar la infertilidad, ya que alrededor de la mitad de las parejas que no conciben en un año lo hacen en el transcurso de dos años, y un 70-80% lo logran en cinco años.

La maternidad a edades cada vez más avanzadas, provocada en parte por la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo y por la difusión de los métodos anticonceptivos ha dado lugar a una nueva causa de infertilidad calificada de <<infertilidad social>>. (Farnos, 2011, p.36)

A manera de mera reseña y en un intento de sistematización sencilla, se detalla según la perspectiva de Loyarte & Rotonda (1995) algunos de las causas que propician la infertilidad humana femeninas, masculinas, factores mixtos y sin causa aparente o de origen desconocido. Con respecto a estas últimas se señala desde los ámbitos médicos su incremento en los últimos veinte años.

Las causas de infertilidad femenina son múltiples pudiendo localizarse en cualquiera de los tramos del aparato genital: ovario, trompas de Falopio, Útero o Vagina.

Causas Femeninas

Causas ováricas

Ausencia de Gónadas: Sea esta congénita (Agenesia Ovárica) o adquirida (por extirpación quirúrgica, tumores, inflamaciones).

Anomalías de la ovulación: Síndrome de ovarios poliquísticos. Insuficiencia ovárica *permitida:* disgenesia gonadal pura, síndrome de Turner, síndrome de insensibilidad ovárica a las gonadotropinas, síndrome de menopausia precoz.

Insuficiencia ovárica secundaria: por alteraciones del eje hipotálamo-hipofisiario, pudiendo incluirse entre sus causas: Factores psicógenos motivados en contracepción oral o factores desconocidos.

Alteraciones en la fase Lútea: Síndrome de folículo luteinizado no roto (LUF); deficiencia de la fase Lútea: debida a la producción de niveles bajos de progesterona y creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina; o por ser un periodo la fase lútea demasiado breve.

Endometriosis: La llamada Tendencia letal del ovulo: en esta Patología el ovulo es expulsado, pero al arribar a las trompas de Falopio parece haber sido fecundado o no.

Causas Tubáricas

La principal causa de esterilidad tubárica es la obstrucción. Menos frecuentes son las debidas a un trastorno funcional tubárico, sea de tipo secretario o por alteración de su motilidad. Todas estas causas son originadas por existir a nivel de las trompas un proceso inflamatorio ya sea de etiología infecciosa (tuberculosis, genococia, clamidia, trachomatis) o no (endometriosis- generalmente localizada en ovarios y otras estructuras pélvicas, produciendo adherencia, bridas postquirúrgicas. También se encuentran entre en factor tubárico las anomalías congénitas, iatrogénicas, y cirugías de esterilización.

Causas Uterinas

Por Lesiones del endometrio: Ya sean de tipo orgánico, o funcionales vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.

Por falta de permeabilidad: congénita, vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor o adquirida: sinequias uterinas, legados endometriales o postabortos inyección intrauterina de cáusticos, etc.

Por factor mecánico: pólipos, miomas, por alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización neoplasias.

Causas cervicales

Alteraciones congénitas: vinculadas con anormalidades del cuerpo o vagina: atresia, cuello doble, etc.

Posiciones anormales: cuello en retroposición o prolapso uterino, circunstancias que entorpecen la inseminación adecuada.

Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello: en este aspecto es sumamente importante la disfuncionalidad hormonal a la cual se relaciona estas anormalidades.

Miomas y pólipos cervicales

Cervicitis

Lesiones traumáticas: sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones, etc.

Alteraciones funcionales: principalmente en el moco cervical por trastornos hormonales o infecciones.

Causas Vaginales.

Debidas a malformaciones congénitas, vaginitis intensa, entre otras.

Causas psíquicas: estos factores pueden actuar en todo el tracto genital inhibiendo, por ejemplo, la ovulación en forma directa en el ovario, o produciendo alteraciones en la motilidad de las trompas por espasmos tubáricos también presente en el cuello del útero, o produciendo espasmos de vulva o vagina lo que podría impedir el coito.

Otras Causas:

También se señalan otros factores que indirectamente pueden afectar la capacidad reproductiva de la mujer, por ejemplo: enfermedades graves, obesidad o adelgazamiento extremo alteraciones de las glándulas suprarrenales o tiroideas entre otras que no son discutidas como causas de infertilidad: drogas, medicamentos, carencias vitaminas importantes.

Causas de índole masculina.

A nivel testicular: alteración congénita por inexistencia de espermatogonias por anomalías cromosómicas.

Ausencia de espermatogonias por destrucción (debido a factores exógenos; o por inmadurez (debido a endocrinopatías), alteraciones en la nutrición, irradiaciones, drogas, alteraciones en la vascularización: varicocele, cambios de temperatura significativos y persistentes en especial algunas profesiones: panadero, etc.

Anomalías en las vías excretoras: obstrucciones a nivel de conducto deferente o epidídimo, puede ser ellas congénitas, infecciosas, traumáticas (por traumatismos repetidos); por ejemplo en caso de jinetes. O por la presencia de quistes.

Alteraciones de las glándulas accesorias: infecciones localizadas en la próstata, o en las vesículas seminales, o por problema hormonal que causen alteraciones en el líquido seminal, obstaculizándose la movilidad de los espermatozoides.

Anomalías diversas en la eyaculación o en la inseminación.

Eyaculación: precoz o desviada y retrograda.

En la inseminación: Las alteraciones, pueden deberse a causas orgánicas, malformaciones externas de los genitales: a trastornos neurológicos; o a enfermedades generales (nefropatías o hepatopatías graves, entre otras); o bien de origen psicógeno, sin duda la ingesta de alcohol abusiva y el trabajo excesivo pueden producir alteraciones de este orden.

Defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides

Tanto en la baja o nula cantidad de eyaculada azoospermia: ausencia total de espermatozoides como por su baja movilidad astenospermia, o necrospermia. La existencia de espermatozoides de formas anormales en porcentajes altos denomina teratospermia.

Factores comunes o mixtos

El factor inmunológico: puede presentarse en cualquiera de los miembros de la pareja puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los conyugues, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debido a la presencia del semen que es reconocido por anticuerpos de la mujer como un elemento extraño. Esos factores aún se hallan en el plano de estudio, puesto que se desconoce en la actualidad el papel exacto que desempeñan los problemas inmunológicos en la esterilidad.

Esterilidad idiopática o sin causa aparente: las esterilidades inexplicables. En el ámbito médico se designa así a los casos en que los exámenes practicados a la pareja son, desde el punto de vista reproductor, normales. Obviamente al descubrirse nuevas causas de infertilidad van disminuyendo porcentualmente las parejas afectadas por estas causas. (Farnos, 2011, p.37).

5.1.3. Implicancias psicológicas de participar en el tratamiento de fertilidad asistida.

La destacada Psicóloga clínica, Espinoza (2018)¹ en una conferencia manifiesta que las personas construyen un proyecto de vida: crecer, encontrar un par amoroso y con él dar inicio a una nueva familia, y en ese contexto, diferentes motivaciones pueden dar lugar al deseo de tener un hijo.

Desear tener hijos, pero encontrarse con una imposibilidad en este proceso produce una amplia gama de sentimientos, tales como miedo, ansiedad, tristeza, frustración, desvalorización, vergüenza, desencadenando a veces los cuadros de estrés importantes.

La situación de infertilidad es capaz de provocar efectos devastadores tanto en la esfera individual como conyugal y desestabilizar las relaciones del sujeto con su entorno social, pudiendo ocasionando un descenso en la calidad de vida.

La infertilidad para los sujetos que atraviesan esta problemática es una experiencia médica o física - debido a los numerosos procedimientos y exámenes a los cuales son sometidos, psicológicamente - por la intensidad de dificultades de orden emocional desencadenadas, y social - una vez que la convivencia con la familia, con las parejas con hijos y las relaciones laborales muchas veces sufren perjuicios.

Esta experiencia a veces requiere la definición de las identidades de los sujetos como individuos y como pareja, el deseo de ser padres florecen de nuestra trama identificatoria; y los sentidos posibles de ser hombre y de ser mujer de las funciones parentales.

La capacidad de la procreación parece ser un significativo referencial de identidad de género, el cual ante el diagnóstico de la infertilidad exige un

¹ Espinoza K. (2018) Conferencia Internacional Ponencia Implicancias psicológicas de participar en el tratamiento de fertilidad asistida. Mg. Kimberly Espinoza – Universidad de Zulia – La Luz – Venezuela. Auditorio de la Universidad Pedro Ruiz Gallo.- Lambayeque

importante trabajo de elaboración psíquica para dar cuenta de la posible alteración en el proyecto de parentalidad.

Es imperativo tener en cuenta la transición de estos de las parejas de verse esperanzados con la posibilidad del embarazo para el reconocimiento de sus límites para lograrlo. Para las parejas que atraviesan problemas de fertilidad, así como para sus familias, la biología de la reproducción no es un proceso fácil, directo y lineal. Además de la elección de un par amoroso, de la interacción sexual, del embarazo y del parto. La infertilidad puede desencadenar la reminiscencia de antiguos traumas, pérdidas, sentimientos de inadecuación, celos, envidia, todo dentro de uno proceso marcado por largos períodos de interacción con profesionales médicos que terminan por involucrarse íntimamente en el sistema de la pareja. Aquellos problemas provienen de un intenso estrés debido a la no realización del embarazo y de las ilusiones a ella relacionadas, ante la pérdida o la amenaza del poder de la procreación, a menudo no se distingue lo que causa mayor sufrimiento: la ausencia del hijo deseado o los sentimientos de fracaso, de pérdida y de inseguridad que invaden al individuo en esa situación.

La infertilidad es sentida y vivida como un acontecimiento traumático para la mayoría de las parejas, siendo experimentada por ellos como el evento más estresante de sus vidas.

La presión social y parental para la propagación del nombre de la familia pone un gran peso sobre las parejas infértiles. El alto valor colocado en la familia motiva innumerables las parejas a unirse. La inhabilidad para realizar esta tarea social coloca a la pareja que no puede concebir bajo fuerte presión. El concepto de sí mismo se ve constituido bajo la resguardo de la desvalorización y de la incapacidad, llegando individuos que se ve como defectuosos.

La experiencia de infertilidad puede generar culpa y vergüenza, a menudo produciendo un estigma social, que puede acarrear alienación y aislamiento. Una acentuada caída en la autoestima, cargada de sentimientos de inferioridad, es capaz de configurar cuadros importantes de depresión y de ansiedad elevada,

pudiendo desencadenar graves perturbaciones en las esferas emocionales, de la sexualidad y de las relaciones conyugales.

Si consideramos el concepto de la OMS: "salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social, no se reduce la mera ausencia de enfermedad", podemos decir que la infertilidad es un problema grave problema de salud en muchos países en todo el mundo, pues incrementa severamente el sufrimiento social.

Al hablar sobre las posibilidades de intervención psicológica con parejas infértiles, estamos marcando la existencia de diferentes modalidades terapéuticas que se derivan del modelo teórico utilizado para la comprensión de la infertilidad.

Se destacan la psicoterapia de orientación psicoanalítica, las terapias cognitivo-comportamentales, la presencia del psicólogo o de un profesional de salud mental en los equipos que trabajan con parejas infértiles es de fundamental importancia. Tal presencia se justifica por la necesidad de contemplar el fenómeno de la infertilidad como un problema de salud lato sensu, es decir, que requiere, sobre el sujeto que sufre, una mirada integrada a partir de un trabajo interdisciplinario.

El profesional de la salud mental puede trabajar en los servicios de reproducción humana como un consultor, colaborando con las dinámicas grupales y proporcionando mejores condiciones emocionales para los profesionales involucrados en la situación.

Las parejas infértiles que se encuentran en tratamiento en los centros de medicina reproductiva que tienen en su equipo un psicólogo tienen a su disposición un espacio de escucha y apoyo y pueden contar con acompañamiento psicológico en las diferentes fases del tratamiento médico tanto en la modalidad individual, como de pareja y de grupo.

Otra posibilidad de intervención en situaciones que trasciendan la indicación y la posibilidad de atención dentro del encuadre de un centro médico es el encaminamiento hacia la psicoterapia por otros profesionales. Muchas veces, el espacio de escucha, abre para la pareja el deseo de tratar de forma más completa toda la suerte de conflictos despertados por la situación de infertilidad.

En general, todos los enfoques apuntan a individuos infértiles a lidiar con los miedos, las angustias y fantasías despertadas por la infertilidad, así como ayudar a reflexionar sobre las decisiones que deben tomar en relación a los tratamientos, proporcionando escucha y apoyo. Teniendo en cuenta el carácter estresante de los procedimientos para el tratamiento de la infertilidad, la ansiedad generada por ellos, el intenso desgaste personal y en relación con el importante impacto producido sobre los planes y proyectos futuros, así como por la frecuencia del desencadenamiento de cuadros depresivos, los aspectos emocionales involucrados en la infertilidad de la Reproducción Humana, que recomiendan la presencia de un profesional de salud mental en los equipos integrales de fertilidad asistida.

Para concluir, un enfoque en Psicología de la Salud prioriza al sujeto en su integralidad y propone una visión según la cual los procesos físicos están íntimamente relacionados con los psicológicos y sociales.

La infertilidad tiene causas multideterminadas, por lo que no se admite una intervención que excluya la intervención dimensión emocional y ni el contexto ambiental en el que está insertada.

5.2. Fecundación artificial

Fecundación artificial, se da de una manera distinta al acto sexual generador, es la fecundación conseguida con maniobras artificiales que permiten alcanzar la aproximación de los gametos o la anidación de los cigotos.

Las fecundaciones artificiales se basan en la realización de algunas técnicas que puedan clasificarse en tres grupos, según el objetivo que persiguen:

- Extraer y conservar gametos condicionados para fusionarse y producir una fecundación.
- Observar los gametos bajo condiciones óptimas que generen la fecundación.
- Poner en contacto gametos en un lugar adecuado para que se produzca la fusión y, por tanto, la fecundación. (Miranda, 1998, p.314)

Como el derecho no es un producto inmóvil, estático y perenne, sino que se adapta a las demandas sociales, debe ofrecer la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella, para no reprocharle al legislador una actitud pasiva frente al fenómeno. Nunca como ahora, se ve la necesidad de que los juristas tengan en cuenta la sociedad real y no se cierren ante una sociedad ideal, formada por normas jurídicas estables, porque ello constituye un espejismo. Es necesario desterrar el tradicional conservadurismo de los juristas, especialmente civilistas, ya que el avance científico produce el cambio de las tradicionales estructuras del derecho. (Miranda, 1998, p.318)

5.3. Técnicas de reproducción asistida (TERAS)

Varsi (2001) son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir una deficiencia biosíquica infertilidad que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como acto médico, estas técnicas robustecen el derecho a la salud. (p.27).

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad. (Varsi, 2001, p.253)

Para Mosquera (1997) las TERAS son métodos de colaboración que permiten a las personas infértiles, la posibilidad de tener descendencia, estas técnicas que son el producto del avance de la ciencia, son de dos clases: la inseminación artificial o intracorpórea y la fecundación in vitro o extracorpórea. (p.32)

Pero las TERAS significan no solo una revolución en el ámbito científico o médico si no también han originado controversias en torno a conceptos que se creen indiscutibles como el nacimiento, el concebido, la maternidad entre otros. En nuestro país, por citar un caso, donde ya se están aplicando, no existe normatividad alguna para hacer frente a los innumerables problemas legales planteados por ellas, los que deben valorarse en forma objetiva y ser encarados al margen de los sentimientos personales, emocionales, etc., que este fenómeno pueda provocar.

Para Varsi (1995) las TERAS se clasifican en inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC).

La inseminación artificial, tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inocular, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos) como tal es un proceso de baja tecnología médica.

La fecundación extracorpórea, busca la unión del espermatozoide y el óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica. Esta técnica si implica procesos de alta tecnología médica, sobre todo considerando sus innumerables numeraciones.

Estas técnicas pueden realizarse estando en vida de parejas o el cedente, o después de producida la muerte pues la crio conservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento. (Varsi, 1995, p.47).

Tanto la Inseminación artificial como la Fecundación extracorpórea, Pueden ser inter conyugal, con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente; Supra conyugal con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

interconyugal: también llamada. Homóloga no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial, qué le otorga la seguridad jurídica a dicha práctica

y sus consecuencias; asimismo, la unión de hecho le ofrece una presunción legal de paternidad a la concepción.

Supraconyugal: También llamada. Heteróloga crea situaciones en parte nada seguras puesto que con excedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), Derechos derivados (transmisión sucesoria) los deberes naturales (reconocimiento) se establece que este tipo de técnicas fomenta toda una gama de disociación, partiendo de la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación genera, una reacción en cadena, a diversos niveles: disociación de la paternidad biológica y de la paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social; disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento. Todo esto genera un indiscutible atentado contra el derecho a la identidad del procreado.

Así, se dice que la reproducción asistida interconyugal es una TERA aceptable, mientras que la Supraconyugal ofrece dificultades y conflictos, deben existir márgenes de permisibilidad. (Varsi, 1995, p.49)

5.3.1. Clases de técnicas de reproducción asistida

a) Inseminación Artificial o Intracorpórea.

Para Mosquera (1997) Inseminación artificial: inseminación proviene de las voces in (dentro, pone) seminatis (semen). (p.56)

Es una técnica de reproducción asistida que consiste en introducir semen. Previamente recolectado, en el aparato genital femenino.

Hay varios métodos para recolectar el semen uno de ellos es realizado en coito normal luego, el medico coloca a la mujer transversalmente sobre la cama e introduce en la vagina un especulo previamente calentado posteriormente, con una jeringuilla uterina puesta a la temperatura debida se aspira parte de la masa espermática del fondo de la vagina. Si esto no es posible se recoge previamente el espermatozoides mediante diversos procedimientos: practicando el coito interrumpido y eyaculando el espermatozoides en un recipiente previamente dispuesto, o mediante la

masturbación, lo cual permite que se recoja la masa espermática en un recipiente esterilizado. Una vez obtenida la cantidad necesaria de espermatozoides, estos son introducidos a la mujer por medio de una cánula en el canal cervical. Inyectando un poco del líquido seminal, empujando el embolo de la jeringa. Se deja la jeringa colocada un momento y luego se le retira suavemente y con cuidado se hace adoptar a la mujer una posición horizontal en el lecho, debiendo guardar reposo

La inseminación artificial es la inoculación del semen en el órgano genital femenino, por medios no naturales, por eso, lo que es artificial es la inseminación y no la fecundación; porque la fecundación nunca es artificial y siempre es natural. (Miranda, 1998, p.355).

La inseminación solo es indicada cuando la mujer es fecunda, pero existen dificultades para realizar normalmente el acto sexual. En el hombre pueden darse anormalidades en el pene; ya sean congénitas o de origen traumático: todas las formas de impotencia nerviosa o psíquica o alteraciones en el semen que lo toman inhábil para la fecundación. En la mujer las causas pueden ser nerviosas (vaginismo) o anatómicas tocantes a la vagina, la cerviz o el útero.

La inseminación artificial es la introducción de espermatozoos en el interior de los órganos genitales de la mujer, (útero), de un modo que no sea relación sexual para lograr de esta manera el encuentro fecundado del espermatozoide y del ovulo.

Miranda (1998) considera los siguientes elementos como determinantes.

Elementos determinantes del concepto de inseminación artificial:

1. Consiste en un procedimiento que, complementariamente, requiere de un método especial.
2. Que de tal procedimiento, resulte la procreación de un ser humano, que es el fin que se persigue.
3. Que se realice sin que exista unión sexual.

En la Inseminación Artificial pueden presentarse los diferentes tipos, estos se van a basar según la procedencia de los gametos:

- Inseminación Artificial Homologa (IHA) o del cónyuge (IHC)

La característica fundamental de esta inseminación es que se realiza con los gametos de la pareja sin que medie ningún donante.

Inseminación Artificial Homologa, se aconseja en aquellos casos en que el hombre sufre oligospermia que impide la concepción a través de una relación sexual normal, o bien cuando el hombre o la mujer son fértiles pero no pueden tener relaciones sexuales completas por algún factor físico o psicológico. (Miranda, 1998, p.356).

Esta es una técnica que menos impacto psicológico causa en la mujer ya que no existe el tratamiento hormonal agresivo para la sobre producción de óvulos, acá la mujer no tiene ningún problema en ovular, por el contrario, el que tiene algún padecimiento es el varón ya que la calidad espermica es baja en cantidad, calidad o morfología, el semen que se utiliza puede ser del esposo o de un donante; también puede darse el caso que el moco cervical incompatible con el semen de la pareja el que actúa como espermicida. En esa técnica el ovulo no sale del cuerpo de la mujer es el espermatozoide que se inocular directamente en el ovulo por medio de un instrumento ginecológico que atraviesa la cavidad uterina; el riesgo que se genera al utilizar la Inseminación Artificial va desde el aborto hasta un embarazo múltiple. (Miranda, 1998, p.357).

Esta técnica suele ser aconsejada ante disfunciones sexuales que impiden la eyaculación en el lugar apropiado, (malformaciones del pene, impotencia, eyaculación retrograda, o emisión del semen en la vejiga). También se puede recomendar ante anomalías de plasma seminal, ya sea por escaso volumen del eyaculado o por volumen excesivo que diluye los espermatozoides. Asimismo, en casos de anomalía del espermograma que refleja variaciones en la cantidad de espermatozoides y en su movilidad o morfología. Dentro también de las causas masculinas que el hombre ha recibido un tratamiento esterilizante,

radioterapia o quimioterapia, etc., habiéndose procedido a congelar espermatozoides. (Miranda, 1998, p.356).

También en los casos de alteraciones femeninas que hagan imposible la relación sexual, se puede aplicar con éxito este tipo de técnicas. Podemos citar como ejemplos: malformaciones en la vagina en casos de vaginismo;(contracción origen psicológico) y por último, ante casos de esterilidades cervicales: por deformación de cuello de útero o inexistencia de secreción cervical, por alteraciones de la zona debido a tratamientos etc. puede realizarse inseminación directamente en la cavidad uterina.

El éxito de la inseminación artificial puede identificarse durante los primeros tres ciclos de intentos, ya que si la causa de la infertilidad radicaba en la dificultad para franquear el primer obstáculo en el recorrido de espermatozoide fecundante, no hay motivo para que no se produzca un embarazo rápidamente, medicamente se aconseja seguir intentado con este método más allá de seis veces. (Miranda, 1998, p.357).

- La inseminación Artificial Heteróloga (IAH) o de Donante (IAD).

A diferencia de la anterior la inseminación artificial heteróloga se realiza en parejas que tengan problemas de esterilidad ya sea por parte del varón o mujer, la que puede generarse con la fecundación del gameto con el aporte de espermatozoides de un donador dentro del Útero de la pareja solicitante, al igual que la anterior también puede darse el caso de que se aplique la maternidad subrogada la que se convertiría en una técnica compleja, según datos se sabe que “En 1978 en Estados Unidos nacieron aproximadamente diez mil niños por este procedimiento.”(Martínez 1986).

Es decir se realiza con la intervención de un tercero, ajeno al matrimonio, quien cede semen para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear.

Con la aplicación de esta técnica, desde el punto de vista jurídico se originan tres problemas principales: la filiación del niño por nacer, los derechos sucesores del

mismo y los alimentos que le corresponden el código civil Peruano en su artículo 361° recoge la presunción romana que establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los treientos días de disolución tiene por padre al marido; afirmación basada en la cohabitación que deriva del matrimonio y en la fidelidad conyugal esta es una presunción juris tantum pues cabe prueba en contrario.

Un punto muy importante dentro de este tema es el referente al secreto médico, que incluye el anonimato del cedente del semen. (Miranda, 1998, p.357).

Si bien prima la opinión de que debe mantenerse el anonimato del cedente, existen casos en los que se requiere conocer la identidad del mismo, como por ejemplo, por causas médicas, por ellos, para algunos autores debe existir un anonimato relativo: No dar los datos del cedente (nombre y dirección) sino más bien sus características genéticas si la ley lo exige y fuera necesario para la salud del nacido, en otras palabras, debe permitirse la investigación sobre su origen genético mas no sobre su identidad. (Miranda, 1998, p.358).

Sin embargo hay países, como Suecia, donde se permite al concebido por inseminación artificial con semen del cedente conocer la identidad de su padre genético, siempre que alcance la madurez que la situación requiere.

En cuanto a la inseminación heteróloga se presenta dos posibles situaciones:

Que el marido haya dado su consentimiento para la inseminación de su esposa: en este caso la paternidad está determinada por la voluntad del marido de asumir el rol paterno lo que se exterioriza con el consentimiento expreso para que su esposa sea examinada artificialmente con semen de un tercero. La discusión surge cuando el marido impugna la paternidad del niño procreado mediante inseminación artificial heteróloga luego de haber dado su consentimiento. Al respecto la opinión está dividida pues para algunos actores (la minoría) le asiste tal derecho al marido mientras que otros la (mayoría) opina en sentido contrario. Prima el criterio que si el padre ha dado ya un consentimiento no puede impugnar una paternidad del niño pues caería en contradicción, además que la paternidad ha sido atribuida y funciona el principio (favor filli) lo más provechoso para el hijo.

Que el marido no haya dado su consentimiento.

Además del presupuesto biológico, el marido no ha manifestado su voluntad de ser padre, hay que tener presente que la descendencia de un matrimonio no puede ser decidida unilateralmente en este caso por la mujer. (Miranda, 1998, p.356).

En ocasiones se ha comparado la inseminación artificial heteróloga con el adulterio, hubiese o no consentimiento del marido. Pero esta hipótesis es fácilmente desechada pues para la procreación no ha sido necesario el acto sexual es decir no ha habido una conjunción carnal, esto es, el coito o un equivalente anormal del mismo.

Algunos autores conocen una tercera clase de inseminación artificial la llamada inseminación artificial bisemial: en este caso se mezcla el semen del marido con el semen del cedente, pues se quiere que el marido tenga la esperanza de ser padre del niño que es concebido mediante este procedimiento. (Miranda, 1998, p.358).

- Inseminación artificial post Mortem

Es una variante de la inseminación artificial. Que se realiza en una mujer cuyo marido ha fallecido pero que con anterioridad ha dejado almacenado su semen en un banco de semen.

El caso más conocido es el acontecido en Francia, donde una viuda llamada Corine Papalaxi recurrió al tribunal de Greteil para que se le permita ser inseminada con el semen de su marido muerto llamado Parpalaix recurrió. Si bien el tribunal le concedió el permiso, el procedimiento no tuvo éxito. Es trascendente la resolución de dicho tribunal pues a partir de su pronunciamiento a favor de la inseminación post mortem se superó la barrera de la muerte para concebir un hijo alterándose la tradicional concepción del vínculo filial. Pero originando problemas referentes a la paternidad y sucesión. (Farnos, 2011, p.223)

En los casos de inseminación artificial post mortem estamos frente a una nueva categoría de hijo póstumo: el hijo superpostumo.

De otro lado en lo que se refiere a la filiación del nacido por inseminación artificial post mortem existen tres posiciones:

Quienes excluyen la paternidad del marido, siendo el nacido hijo extramatrimonial de la madre.

Quienes sostienen que el hijo es matrimonial por haber estado en sus progenitores unidos en matrimonio.

Quienes afirman que el hijo es extramatrimonial de ambos progenitores.

En el Perú hay que subrayar la opinión de Carlos Cárdenas Quiroz que sostiene que para determinar la filiación del niño nacido por inseminación artificial post mortem interesa el momento de la concepción. Si la inseminación artificial se produjo después de la muerte del marido, es decir cuando el matrimonio ya estaba disuelto, podemos aplicar el artículo 33 del código civil vigente que estipula que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. (Farnos, 2011, p.224)

Hay otras interrogantes sobre el tema que versan, entre otras cosas, sobre el tiempo que debe mantenerse congelado el semen de un hombre fallecido o alrededor sobre el que hacer con él si no llega a ser usado, interrogantes para las cuales aún no hay solución.

En este aspecto son importantes las sugerencias de autores como Francisco Rivera Hernández para la inseminación post mortem entre las que destacamos. (Farnos, 2011, p.225)

El consentimiento del marido debe ser expreso.

Limitarse la fecundación a un solo caso

Existencia de un caso prudencial después del fallecimiento del marido o compañero de la mujer.

Obligatoriedad de que junto al semen depositado exista una muestra de sangre del fallecido para poder hacer frente a un problema de filiación.

- Inseminación artificial en mujeres solteras

Otro tema controvertido dentro de la inseminación artificial es el referente a la inseminación artificial en mujeres.

En la mayoría de legislaciones sobre el TERAS se reserva el uso de ellas a matrimonios o parejas estables pues se afirman que el derecho a procrear no puede ser considerado como absoluto y que el hijo a engendrarse no puede nunca considerarse como objeto de un derecho subjetivo. (Farnos, 2011, p.225)

Sin embargo existen declaraciones internacionales de primer orden que protegen la maternidad sin hacer distintos por su procedencia. Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 10.2 de la declaración de la O.N.U. sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer del 7 de noviembre de 1967 y en los artículos 1 y 11 de la declaración de la O.N.U. sobre el progreso y el desarrollo en lo social, del 11 de diciembre de 1969.

Existen diversas razones por las que una mujer soltera sin pareja estable del sexo masculino debe tener un hijo: puede que no haya encontrado la pareja ideal; o que habiéndola tenido la haya perdido sin tener descendencia, o que no desee tener relaciones por cuestiones traumática previas, derivadas. Por ejemplo de una violación, o pretender un resultado genético seleccionado en la vía paterna, entre otras. (Farnos, 2011, p.226)

Algunos sostienen que una mujer soltera tendrá dificultades para mantener sus hijos, pero actualmente muchas son las mujeres que se encuentran en una buena situación económica mientras que muchas parejas afrontan dificultades de este tipo. Si el estado no establece como requisito la estabilidad económica a las personas casadas que deseen tener un hijo mediante inseminación artificial es contradictorio que se pretenda imponerlo en el caso de una mujer soltera.

Así mismo Inseminación Artificial puede realizarse de la siguiente manera:

intravaginal: se inyecta el espermatozoide fresco en el fondo de la vagina mediante una jeringa.

Intracervical: en la cual se deposita el espermatozoide, en contacto con la secreción cervical. Para ella se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del espermatozoide se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Con esta técnica permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir.

Intrauterina: se recurre a esta cuando existen diversas alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. Hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del espermatozoide que no ha sido filtrado por la secreción cervical. En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparaciones del semen, que tiene por objeto la separación de espermatozoides de plasma seminal y el aislamiento de espermatozoides más móviles. (Farnos, 2011, p.226)

Entre otras técnicas se hallan el centrifugado; el lavado o sperm washing; filtrado; la técnica del swim up. En la cual los espermatozoides más veloces en un medio especialmente preparado nadan hacia arriba. Lográndose la separación de fracción de espermatozoides.

Las técnicas perseguidas en estas técnicas son obtener mayor concentración de espermatozoides móviles en el semen que se van a inocular y en consecuencia, disminuir la cantidad de plasma seminal que contiene elementos que pueden restringir la posibilidad de fecundación.

Inseminación artificial intraperitoneal: la técnica consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación. (Farnos, 2011, p.227)

b) Fecundación In Vitro o extracorporea

Cuando el procedimiento para lograr la fecundación no se lleva a cabo en los órganos genitales de la mujer sino en el laboratorio, y en una placa de cultivo, estaremos frente a lo que se le llama fecundación in vitro. Este método se aplica Generalmente a parejas que desean tener un hijo y que por diversas razones

patológicas en sus órganos de reproducción no pueden tenerlo. Por lo común, el problema radica en la mujer, y en el gran porcentaje de los casos se debe a una obstrucción en las trompas de Falopio, bien sea por procesos infecciosos o también en ocasiones por los dispositivos intrauterinos que provocan embarazos ectópicos y ruptura de las trompas. Pero también la esterilidad podría deberse al respecto. (Villa, 1985, p.75)

"Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde in vitro, es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que establece la deontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza" (Villa, 1985, p.76)

Esta técnica proporciona la esperanza de poder tener un hijo genético aun con existencia de problemas en la ovulación o el conteo de espermatozoides.

Es así que la Fecundación InVitro se realiza de manera externa, lo que significa que la fecundación de ovulo y espermatozoos es extrauterinamente, es decir fuera del cuerpo de la mujer, la que tiene que ser preparada antes con tratamiento hormonal para aumentar la producción de óvulos por encima de los valores normales en algunas ocasiones, y posteriormente utilizando tecnología embriológica se lleva a cabo en un laboratorio la fecundación. Fecundación In Vitro es procedida con la extracción de los óvulos que por lo general tiene que ser más de dos, estos óvulos deben de permanecer en una incubadora la que ayudara a su desarrollo en el proceso celular y antes de las 24 horas de haber sido extraídos estos deben de ser fecundados; esta fecundación se realiza al colocar los Óvulos en una placa con cerca de 5 a 10 millones de espermatozoides del esposo, si es que el varón no padece de alguna enfermedad que le impida producir esta cantidad por milímetro cuadrado, siendo el caso que el problema

sea por parte del varón se realizara con espermatozoides donados, con esta técnica se corre el riesgo de que todos los embriones fecundados puedan alcanzar un embarazo a término completo terminando en partos múltiples, en otras ocasiones se tiene que volver a intentar ya que se pierde el producto en el transcurso del embarazo, resultado frustrante para la mujer. (Villa, 1985, p.77)

Fernández Sessarego, señala que esta técnica In vitro origina "una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos; la selección eugenésica para obtener un cierto "tipo étnico"; la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir, la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con la sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer.

El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se presta a su gestación. (Fernández Sessarego, 1986, p.50).

Al igual que la inseminación artificial existen dos tipos de fecundación In vitro como son la fecundación In Vitro homóloga y la fecundación In vitro heteróloga.

- **La fecundación In Vitro homóloga** es la que se realiza con el semen del marido por lo mismo no ofrece problemas jurídicos pues la paternidad Se presume.
- **La fecundación In Vitro heteróloga** es la que se realiza con el semen u óvulo de la tercera persona con quien como dice Enrique Varsini se carece de una relación jurídica reconocida para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales alimentos derechos derivados transmisión sucesora o deberes naturales como el reconocimiento.

Cómo sabemos la vida se inicia con la concepción con la unión del óvulo con el espermatozoide existiendo a partir de allí un sujeto de derecho del concebido que merece toda la protección jurídica. (Fernández Cessarego, 1986, p.50).

Para Varsi (1995) la fecundación In vitro o fecundación extracorpórea se realiza de la siguiente manera:

La transferencia de embriones, método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina.

La transferencia intratubarica de gametos (TIE), que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural, a fin que sea allí donde se realice la concepción.

La transferencia intratubarica de embriones que es una combinación de la TE (Transferencia de embriones) y la TIG (Gametos transferencia intratubarica), en la que se practica la fecundación in vitro, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación más natural. (p.257)

La inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSE) es una técnica que busca la fecundación del óvulo sólo con un espermatozoide. En este procedimiento se selecciona, prepara introducen sólo un espermatozoide (predeterminado) en el óvulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

Cómo se refiere Messina de Estrella Gutiérrez: existen otras formas o tratamientos de complejidad secundaria como;

PDZ, (corte en la zona pelúcida) realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar El ingreso de los espermatozoides.

SUZJ, (Inyección para el ingreso de espermatozoide) Inyección de los espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo podría decirse que fue el inicio del método (ICSE).

ASISTED HATCHING: realización de una pequeña abertura en la zona pelúcida del embrión para ayudarlo a desprenderse de ella en implantarse en la pared uterina. (Varsi, 1995, p.258).

Las dos clases de técnicas de Reproducción Asistida, Inseminación Artificial y Fecundación In vitro tiene como finalidad única y exclusiva concretar las aspiraciones de ser padres por parte de las parejas infértiles

Pero hay una diferencia entre ellas, en la IA y la Fecundación In vitro Homologa las cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) son de la pareja estable, mientras que en la IA y Fecundación In vitro Heterologa si bien existe una pareja estable, vale decir un hombre y una mujer se requiere de la intervención de un tercero en la calidad de donante ovulo o espermatozoide o de ambos.

La doctrina los llama padres intencionales a las parejas que optan por estas técnicas de reproducción asistida.

5.3.2. Derechos reproductivos como derechos humanos

5.3.2.1. Fuentes

Desde mediados del siglo pasado, varios textos jurídicos internacionales han subrayado la importancia de la unidad familiar y de la reproducción a partir del reconocimiento del derecho a fundar una familia y de la opción reproductiva. Aunque ninguno de estos textos reconoce de forma explícita un derecho a la procreación, la declaración solemne del derecho a formar una familia en el ordenamiento jurídico internacional conlleva, de forma implícita, el derecho a tener descendencia propia. No obstante, como pongo de relieve en el apartado siguiente, la fuerza vinculante de estas declaraciones está siendo ampliamente cuestionada. (Farnos, 2011, p.45)

El precepto que se invoca con más frecuencia para defender que existe un derecho a tener hijos es el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Sus apartados primero y tercero declaran, respectivamente, que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución, y que "la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y merece protección por parte de la sociedad y del Estado ". (Farnos, 2011, p.46)

A nivel regional, estos estándares se han desarrollado en el seno del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana. El artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 04/11/1950 (CEDH) anuncia el derecho a fundar una familia y añade que el derecho deberá ejercerse "de acuerdo con las leyes nacionales que gobiernan el ejercicio". Estas limitaciones han estar relacionadas con propósitos legítimos. Además, el Estado no puede interferir en la vida familiar sin una justificación válida, como se deduce del artículo 8 del mismo Convenio, que protege la "vida privada y familiar "de un individuo frente a las interferencias injustificadas de los poderes públicos. Por su parte, el artículo 17 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22/11/1969 establece que los Estados parte deben respetar "el derecho los hombres y las mujeres en edad núbil a casarse y fundar una familia (...) si cumplen las condiciones requeridas por las leyes nacionales, siempre que estas condiciones no afecten al principio de no discriminación establecido en la Convención". (Farnos, 2011, p.46)

El artículo 23 (2) de la Convención o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CIDCP), adoptada y abierta a firmas, ratificación y adhesión por Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, reitera el contenido del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en reconocer el "derecho de los hombres y las mujeres en edad núbil a casarse y fundar una familia". El derecho implica la posibilidad de procrear, y permite que los Estados adopten leyes y políticas que alienten una

extensión determinada de familia o promuevan ciertos métodos de planificación familiar sin interferir de forma esencial en la libertad de las personas. (Farnos, 2011, p.46)

Por su parte, la Resolución 2211 (XXI) sobre Crecimiento de la Población y Desarrollo Económico, adoptada por unanimidad por la Asamblea General de la ONU el 17/12/1966, reformuló el derecho fundar una familia, enfatizando el derecho de los individuos a tener el número de hijos que desearan. Ahora bien, en un intento por controlar el crecimiento de la población, la Resolución otorgó poder al Estado para desalentar ciertas elecciones reproductivas.

El caso paradigmático es el de China, donde la elevada población ha llevado a políticas muy severas en materia de planificación familiar, como la del hijo único. China es el país con más población del mundo (1.331 millones), seguida de la India (1.171 millones). Estas circunstancias determinan que la vigente Constitución de la China, de 12/04/1982, ya reconociera en el su artículo 25 que "El Estado debe fomentar la planificación familiar para que el crecimiento de la población pueda hacer posible los planes para el desarrollo económico y social" (Farnos, 2011, p.48)

En el sistema vigente, la llamada "política del hijo único" encuentra reconocimiento en la Ley sobre Población y Planificación familiar de la República Popular China (Orden del Presidente núm. 63), presidente Jiang Zemin de 29/12/2001.

Su artículo 2 comienza declarando que "Al ser China un país muy poblado, la planificación familiar es una política fundamental del Estado ", y el artículo 13 encomienda explícitamente a departamentos gubernamentales, en la prensa y en las escuelas las tareas de informar, dar publicidad y educar sobre la importancia de la planificación familiar. La opción del Gobierno por la "política del hijo único "queda plasmada en el artículo 18, según el cual" El Estado mantiene su política actual en materia de reproducción, alentando el matrimonio y la natalidad a partir de edades mayores y fomentando un solo hijo por pareja. Las familias sólo podrán tener un segundo hijo si cumplen los requisitos legales, y siempre previa solicitud (...)". Entre otras medidas, el Estado garantizará todos

los medios de planificación familiar a las parejas y suministrará anticonceptivos gratuitamente (art. 19-21).

Farnos (2011) Las parejas que han seguido las medidas de planificación familiar serán compensadas con una serie de beneficios estatales como permisos matrimoniales y de maternidad más amplia, los ciudadanos que se casan tarde y aplazan tener hijos tienen derecho a otros beneficios en materia de seguridad social (art. 25), los ciudadanos que se someten a alguna operación quirúrgica para no tener hijos reciben permisos estatales y compensaciones locales (art. 26.2n.), y las parejas con un solo hijo son reconocidas con el "Certificado de honor" (p.78)

Dos años más tarde, también bajo los auspicios de la Asamblea General de la ONU, se celebró la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, conocida como la "Proclamación de Teherán ", en la que se reconoció la opción reproductiva como un derecho humano, a través de la incorporación del derecho de los padres a "Determinar libremente y responsable el número y espaciamiento de los hijos" (Farnos, 2011, p.79)

Según Farnos (2011) las obligaciones de los Estados de respetar o reconocer el derecho a la planificación familiar no sólo comprenden la no interferencia en las decisiones de procreación, sino también la obligación de facilitar el acceso a los métodos anticonceptivos, fomentar la adopción y prevenir la infertilidad, con el único límite de la extensión con que la sociedad puede suministrar financieramente y técnica los servicios necesarios. (p.90)

En relación con lo anterior, el derecho a fundar una familia no se reduciría concebir, gestar y tener un hijo, sino que como acto de fundación va más allá de una sumisión pasiva a la biología y comprende el derecho a planificar de forma positiva el tiempo y espacio de los nacimientos, así como maximizar la propia salud en este ámbito. Para los defensores de esta tesis, la inacción gubernamental para prevenir o remediar las causas de infertilidad viola el derecho a fundó una familia. Por el contrario, la interpretación que el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha hecho de los artículos 23 (2) CIDCP y 12 CEDH, concibe el derecho a fundar una familia como la prohibición de obstaculizar la posibilidad de procrear, que no comprende la obligación del

Estado de proporcionar los medios para hacer frente a la infertilidad o de suplir las consecuencias mediante TRA.

Los "derechos reproductivos" están vinculados desde sus orígenes en el control de la población, ya que se proclaman por primera vez las Conferencias sobre Población y Desarrollo y sobre la Mujer celebradas, respectivamente, en El Cairo en 1994 y en Pekín en 1.995, establece que:

"Los derechos reproductivos comprenden ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos. Se centran en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente y responsable el número, espaciamiento y momento de tener hijos, así como de disponer de la información y de los medios para hacerlo posible, y del derecho a alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva, que también incluye el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción libre de discriminación, coacción y violencia, en los términos de los documentos de derechos humanos". (Farnos, 2011, p.48)

Las referencias de este apartado a los "derechos reproductivos" obedecen a que la noción se utiliza con cierta frecuencia desde su introducción en el ámbito internacional por las Conferencias de El Cairo y Pekín. Ahora bien, a los efectos de este trabajo el uso de la noción constituye una mera opción terminológica, ya que los "derechos reproductivos" nacen vinculados al control de la población. Esta circunstancia los hace inidóneo para resolver determinados conflictos que se pueden plantear en el contexto de la reproducción. (Farnos, 2011, p.49)

Desde su introducción, la noción "derechos reproductivos" ha sido objeto de gran controversia, en especial en cuanto a la eficacia vinculante de los textos que la utilizan. Las Conferencias de El Cairo y Pekín propiciaron que la noción se introdujera en el panorama internacional y que se empezara a invocar la salud reproductiva como base para defender que existe un derecho humano al tratamiento seguro y efectivo de la infertilidad. La noción se incorporó por primera vez en el párrafo 7.2 del Capítulo VII del Programa de Acción de la Conferencia de El Cairo, que la define como un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no sólo como la ausencia de enfermedad, en todo lo relativo al sistema

reproductivo y sus unciones y procesos. En esta conferencia se alcanzó un amplio consenso internacional en que la salud reproductiva es un aspecto de la salud en general. Según el párrafo 7.3. del mismo texto, esta definición se concreta en los llamados "derechos reproductivos ", y comprende la posibilidad del individuo de reproducirse, que incluye la prevención y el tratamiento apropiado de la infertilidad, así como la libertad para decidir si, cuándo y con qué frecuencia se quiere tener hijos, y la prevención y los remedios contra el embarazo no deseado. El recurso al derecho a la salud para justificar el uso de las TRA topa con una serie de obstáculos, ya que no es pacífico que la incapacidad para reproducirse sea una enfermedad. (Farnos, 2011, p.49)

Los Estados no pueden asegurar el acceso a TRA, de por sí muy costosas, a cada individuo en situación de necesidad.

Ante la dificultad de fundamentar el acceso a las TRA en el derecho a la salud reproductiva, algunas tesis permiten inferir el derecho a la procreación por medio de estas técnicas de la lectura conjunta del derecho a la salud y del derecho a disfrutar de los beneficios de la ciencia y la tecnología, reconocido en el artículo 15 de la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), adoptada por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Según dichas tesis, el artículo 15, en combinación con el artículo 12.1, que reconoce "(...) el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ", comprendería la obligación de los Estados de promover las TRA. (Farnos, 2011, p.49)

5.3.2.2. Limites

La mayoría de textos internacionales que se refieren a derechos específicos en relación a la opción reproductiva y la salud articulan objetivos sin establecer obligaciones legales y, por tanto, sin que pueda haber incumplimiento. De estas previsiones no se infiere una obligación de los Estados de suministrar a los individuos los medios para disfrutar de acuerdo con sus deseos individuales, sino que más bien se deduce un deber del Estado de no interferir en una libertad individual. El propio lenguaje que utilizan estos textos ya demuestra que no pretenden alcanzar un valor legal o vinculante claro. Es difícil, por tanto,

colocarlos en alguna de las fuentes del derecho internacional que enumera el artículo 38 (1) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, como los convenios internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las decisiones judiciales, y la doctrina calificada en la materia. (Farnos, 2011, p.49)

Del mencionado artículo 38 (1) se desprende que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son propiamente fuentes del derecho, especialmente si tenemos en cuenta que en ausencia de una práctica coherente de los Estados en la materia resulta complejo aludir a una norma consuetudinaria en relación al derecho a la opción reproductiva.

También hay que tener en cuenta que más de 40 países presentaron reservas formales en la Conferencia de Pekín, muchas de las cuales afectaban a las mismas cuestiones que se discutieron pero no se resolvieron en El Cairo, como derechos reproductivos y cuestiones relacionadas con la familia. Finalmente, la definición inicial de los derechos reproductivos que proporcionan estos textos cuando se refieren a "Ciertos derechos humanos" también ha sido criticada por su indeterminación. Como otras conferencias mundiales similares, en sentido técnico las Conferencias de El Cairo y Pekín no desarrollan derecho internacional, por mucho que pueda ejercer algún tipo de autoridad. (Farnos, 2011, p.49)

Contenido esencial de la noción de "derechos reproductivos" es el derecho a procrear, que está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo de individuo libre. El derecho comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. Así, los autores que han estudiado los derechos reproductivos en el contexto del derecho internacional los derechos humanos consideran que hay bases legales sólidas para afirmar que existe un derecho a procrear a partir de las previsiones de diversos tratados internacionales con fuerza vinculante entre los Estados parte. Desde este punto de vista, se ha invocado el derecho a la opción reproductiva que reconoce el artículo 16 (1) (e) de la Convención de 1980 sobre la eliminación

de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDD), un tratado internacional vinculante firmado y ratificado por los Estados. (Farnos, 2011, p.50)

El derecho a procrear es, por tanto, un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a disfrutar del progreso científico, por lo que es protegible a través de estos derechos. La Convención los concibe como derechos de igualdad sexual, en declarar que todas las partes tendrán el acceso garantizado "por razón de igualdad entre los hombres y las mujeres los mismos derechos a decidir libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos y en tener acceso a la información, educación y medios que les permitan ejercer estos derechos"

En realidad, las declaraciones que contienen estos textos se vinculan a derechos humanos como la dignidad, la libertad o la vida privada y familiar, que no están específicamente relacionados con la reproducción en sí misma, sino con la habilidad para escoger y decidir sobre diferentes aspectos de la propia vida, y que están reconocidos por separado como derechos humanos básicos en varias convenciones. Los derechos reproductivos, por tanto, no se pueden configurar como derechos humanos autónomos, sino que son derechos complejos. De este modo, aunque el incumplimiento de los derechos reproductivos por ellos considerados no genera ninguna obligación, como forman parte de los tratados de los derechos humanos por su relación directa con el desarrollo de la personalidad, se podrá valorar si una violación de los derechos reproductivos se puede reconducir a la vulneración de algún derecho fundamental reconocido en los derechos internacionales. (Farnos, 2011, p.52)

5.3.2.3. Decisiones procreativas y técnicas de reproducción asistida.

El empleo del término derecho en el contexto de la procreación resulta problemático, tener no depende solamente de la voluntad del sujeto o de los sujetos que inician el proceso parental sino de la biología. Si no existe la capacidad biológica a tener hijos, no hay derecho a tenerlos.

Ni las declaraciones internacionales de los derechos, ni las constituciones de los diferentes países reconocen un derecho fundamental a procrear. Ahora bien ello no impide proteger las decisiones procreativas en determinadas circunstancias, a partir de su base constitucional puesto que afecta algún derecho fundamental. Esta base se encontraría en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes en el libre desarrollo de su personalidad. Asimismo dado que la procreación es un aspecto de la vida privada de las personas a partir del (Tribunal Federal) TS federal de los EE.UU. ha ido ganando aceptación la idea de que la base esencial para la protección de las decisiones procreativas se encuentra en el derecho a la intimidad. Sólo a partir de este derecho podríamos admitir, en sentido muy laxo, la existencia de un derecho a procrear que encuentra fundamento en el derecho a la intimidad, ya sea autónomamente o junto con la libertad.

Una vez admitido que las decisiones procreativas merecen una protección especial a partir de algunos derechos con fundamento constitucional, reconocidos en textos de derecho internacional o bien desarrollado por la jurisprudencia, surge la cuestión de si las decisiones que tienen que ver con la procreación mediante TRA también merecen protección. (Farnos, 2011, p.59)

5.3.2.4. Casos que se han implementado

Como ya he adelantado, la gran mayoría de legislaciones nacionales y internacionales no reconocen un derecho positivo de los individuos a procrear. Las sentencias del TS federal de los EE.UU. que infieren este derecho de la intimidad y la libertad reconocidas por la Constitución, tienen que ver con los conflictos que se plantearon en el ámbito de la reproducción sexual durante los años sesenta y setenta, antes de que se generalizaran las TRA. Ni el TS ni tribunal de un circuito federal estadounidense se han pronunciado sobre si este derecho de creación jurisprudencial extiende a la reproducción derivada del acceso a TRA. Como veremos, en Europa el TEDH se ha limitado a declarar que el derecho a la vida privada que reconoce el artículo 8º Comisión de los Derechos humanos comprende tanto la decisión de ser padre o madre como la de no serlo, sentencias más recientes dejan entrever una posición ambigua al respecto.

Ninguna de las pocas cuestiones derivadas de la generalización de las TRA que se han planteado hasta ahora ante las jurisdicciones norteamericanas y del TEDH tiene un alcance general y, por tanto, no permite inferir un derecho a hacer uso de las TRA, para tener hijos. (Vila, 1992, p.21)

El primer caso sobre maternidad subrogada que trascendió a la opinión pública norteamericana, el TS de Nueva Jersey afirmó que "El derecho a procrear es simplemente el derecho a tener hijos, ya sea a partir de relaciones sexuales o inseminación artificial. No es más que eso" (p. 1253). De acuerdo con los hechos del caso, Mary Beth Whitehead, madre gestante y genética, dio luz a una niña por "encargo" de William y Elizabeth Stern, una pareja comitente que a cambio pagó \$ 10,000 a la madre subrogada y \$ 7,500 en el centro de reproducción asistida.

Después del parto, la madre subrogada cambió de opinión y se negó a entregar la niña a la pareja comitente. El TS de Nueva Jersey consideró el contrato ineficaz y declaró padres legales de la menor a la madre subrogada, también madre genética, y al marido de la pareja comitente, que era el padre genético. Ahora bien, en base al interés superior de la menor, el Tribunal atribuye la guarda a la pareja comitente, y garantizó a la madre subrogada un régimen de visitas susceptible de ampliación. (Farnos, 2011, p.58)

El tribunal de apelaciones de Missouri (1990) desestimó el recurso de un recluso contra la negativa del centro penitenciario de suministrar un recipiente con su esperma a la esposa, a fin que esta fuera inseminada. El tribunal confirmó la decisión de las autoridades penitenciarias aplicando el test del caso Turner v. Safley [482 U.S. 78 (1987)], en base al cual apreció una conexión racional entre la medida penitenciaria y el interés legítimo del gobierno. Aunque Turner consideró que los presos conservan los derechos constitucionales, como el derecho a contraer matrimonio (p. 95), a Goodwin la mayoría del tribunal concluyó que la infracción del derecho a procrear era constitucional, ya que dentro del ámbito penitenciario la prohibición de reproducción por ciertas técnicas está directamente relacionada con el interés departamental de tratar con igualdad la población penitenciaria masculina y femenina. (Farnos, 2011, p.59)

El Juez Lifchez , Hartigan resuelve la impugnación del apartado (7) de la Ley sobre aborto de Illinois, a instancia de un grupo de médicos. La norma, que prohibía cualquier experimento "no terapéutico" sobre el embrión y el feto, violaba según los médicos el derecho a la intimidad de las mujeres que pretendían acceder a las TRA para tener hijos. El tribunal del distrito declaró inconstitucional el estatuto por la vaguedad del término "Terapéutico", que impedía que los médicos pudieran determinar si podían suministrar determinados tratamientos de fertilidad de acuerdo con la ley y, por tanto, restringía el derecho fundamental a la intimidad. Con referencia a la práctica de la transferencia embrionaria, el Tribunal declaró que si las elecciones constitucionalmente protegidas incluyen el derecho de acceso a los anticonceptivos, también han incluir el derecho a someterse a los procedimientos médicos dirigidos a obtener un embarazo y no sólo a los que pretenden evitarlo. No obstante, por su alcance este pronunciamiento se debe restringir el caso concreto, lo que impide afirmar que el derecho a procrear comprenda un derecho universal de acceso a las TRA. (Farnos, 2011, p.59)

CAPITULO VI:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HOMÓLOGA

Antes de referirnos al tema propiamente dicho se hace necesario, para que el lector bien informado, pueda entender la importancia del principio de autonomía de la persona con respecto a la cesión de órganos o parte de su cuerpo mientras no lesione, su vida misma o trasgreda normas bioéticas.

6.1. Actos de Disposición del propio cuerpo o Cesión de órganos

Antes de referirnos al tema propiamente dicho se hace necesario, para que el lector bien informado, pueda entender la importancia del principio de autonomía de la persona con respecto a los actos de disposición del propio cuerpo de órganos y / o tejidos mientras no lesione, su vida misma o trasgreda normas bioética. Para ello he creído conveniente citar el Artículo 6 de nuestro Código Civil, del título II, Derechos de la Personas, Sección Primera Persona Naturales, del Libro I del Derecho de las personas, que a la letra dice:

“Los actos de Disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos Humanitarios”.

La exposición de motivos de este artículo expresa que el mismo se refiere “... a la protección de cuerpo y a la cesión de órganos, tejidos o partes del organismo que no se regeneran...”, pero se agrega también que: “ello quiere significar, de otro lado, que el sujeto está en condiciones de ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneran solo en la medida que no perjudiquen gravemente su salud o pongan en peligro su vida”. (Espinoza, 2008, p.139).

Se propone la interpretación extensiva a este artículo, basándose en que al decir “disposición”, se hace referencia al hecho general de obrar libremente de cualquier manera, así pues, un “acto de disposición del propio cuerpo” es el que una mujer ofrezca su útero para que se desarrolle dentro de este el embrión concebido extracorpóreamente, sin hacer la distinción de que se trate de órganos

o tejidos, regenerables o no. Por el solo hecho de embarazo, no se pierden órganos no regenerables, quizá si tejidos. En todo caso, también cabría ampararse en la última parte del artículo comentado, cuando se prescribe que:

“los actos de disposición de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. (Espinoza, 2008, p.140).

No solo existe una discusión Doctrinaria acerca de la aceptación, o no, de lo que desacertadamente se denomina “alquiler de útero” surge una discrepancia respecto a la onerosidad o gratuidad del acto. Al respecto se opina que “por ser un acto altruista, esta desprovisto de onerosidad y constituye, por tanto, una disposición a título gratuito”.

Evidentemente, no hay mejor “motivo humanitario”, como consagra el artículo 6 del código civil, que el permitir lograr, a una pareja, uno de los momentos más importantes en la realización de ser padres. Este acto carecería de sentido si se le pone un precio. Postulo de esta manera, a la gratuidad del acto de disposición del propio cuerpo, porque de lo contrario se trataría de un contrato, en el cual se exigiría el cumplimiento de cláusulas, lo que va en contra de la naturaleza misma del ser humano. (Espinoza, 2008, p.140).

La cesión de útero sin contraprestación, debe ser aceptada por ser de gran ayuda para mujeres que no pueden gestar y llevar a término un embarazo. En estos casos las mujeres que ceden el útero deberían ser madres, hermanas, primas o tías, de la pareja que anhelan tener un hijo, de este modo no intervendría gente extraña a la pareja en la gestación del menor. (Mosquera, 1997, p. 51).

Otro aspecto que hay que destacar es que toda cesión de órganos y /o tejidos debe ser libre en ese sentido tanto la Ley 26842 - Ley General de Salud en su artículo 8°, como la ley 27282- Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos en su artículo 3° inciso 1), señalan al igual que como requisito para la sesión de órganos, el consentimiento expreso y escrito del dador de órganos.

Esta exigencia concuerda con el principio bioético de autonomía que exige que todo ser humano dé su consentimiento previo a cualquier tratamiento médico o

experimento que se realice en su organismo. Este consentimiento debe cumplir con 2 requisitos: ser libre y bien informado, pues de lo contrario sería un simulacro. La información debe referirse a la naturaleza del acto, sus consecuencias y riesgos, y debe comunicarse, en un lenguaje accesible y comprensible para el sujeto. El consentimiento además debe ser libre, sin coacción ni fraude. (Mosquera, 2001, p.81)

EL principio de la libertad en la cesión de órganos fue puesto a prueba y mantenido por la Allegheny Common Pleas Court en un caso muy comentado. Robert McEall de 39 años tenía sólo un 25% de probabilidades de vivir si no se sometía a un trasplante de médula ósea. El tratamiento con drogas era posible pero no recomendable, y de someterse al trasplante sus probabilidades de supervivencia aumentarían al 60%. Ninguno de los parientes ni voluntarios era compatible, por lo que MacFall demandó a su primo David Shimp para obligarlo a cederle médula ósea si las pruebas arrojaban que era compatible biológicamente. La primera prueba indicaba que los primos eran compatibles, pero Shimp se negó a someterse a más pruebas. Se argumentó que la médula ósea se regenera y que Shimp no sufriría ningún detrimento en su salud, pero la toma de la médula del hueso de la pelvis suponía entre 100 a 150 pinchazos para extraer la médula necesaria, así que para evitar el dolor se aseguró que se sometería a Shimp a anestesia general pero este se negó con la esperanza de que su primo supere su dolencia con otro método. El juez de la causa Jhon P. Flaherty apoyó el rechazo de Shimp aduciendo que la extracción de un tejido orgánico a la fuerza anularía la honestidad del individuo. (Mosquera, 2001, p.82)

Si bien lo que busca la legislación es la protección del cuerpo de la persona, ésta también es libre de disponer de las partes de su cuerpo que, al ser separadas no ocasionen una disminución permanente de su integridad física. Es decir, se pueden ceder las partes, sustancias o tejidos que se regeneran sólo en la medida que no perjudiquen gravemente la salud o pongan en peligro la vida del cedente (artículo 6° del Código Civil), un claro ejemplo de esto es el caso de la cesión de sangre, cuya frecuencia, según el artículo 8° de la Ley 27282 - Ley de Fomento de la donación de órganos y tejidos humanos, varía según el sexo, siendo en el caso de los varones de cuatro veces al año y en el de las mujeres tres veces al año, como máximo. (Mosquera, 2001 p.82)

Para nuestra legislación también son válidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, siempre que exista un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si es tan inspirado en motivos humanitarios (artículo 6o del Código Civil). Un ejemplo clásico de una situación donde existe un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico es el caso de la amputación de un miembro que corre el riesgo de gangrenarse, aquí de lo que se trata es de salvar un bien superior que es la vida humana. (Mosquera, 2001, p.83)

En este marco, una persona con plena conciencia, llevada por motivos humanitarios puede ceder parte de su cuerpo para salvar la vida ajena. Estos actos de disposición deben ser a título gratuito, es decir, deben estar desprovistos de onerosidad, pues como señalamos líneas arriba, la naturaleza del ser humano impide que sus órganos, tejidos y sustancias tengan valor económico. Si bien existe un deber general de ayudar a nuestros semejantes, este tipo de actos están reservados para adultos que no adolecen de incapacidad, los que a su vez tienen que estar informados del procedimiento y riesgos y además tienen que dar su consentimiento, en forma expresa y escrita conforme lo dispone el artículo 8 de la Ley 26842 – Ley General de Salud.

Se debe indicar también que la legislación referente al tema de los trasplantes de órganos presenta un vacío, por lo que, no trata lo preferente a la cesión de óvulos o de semen para su uso en Técnicas de Reproducción Asistida. Una cesión de material reproductivo no implica la disminución de la integridad física pues al igual que la sangre se trata de un elemento regenerable. El problema sobre todo es moral, aunque no deja de tener sus implicancias jurídicas cuando se habla del comercio de los mismos. Incluso algunos autores señalan que hay vida mucho antes de la formación del embrión o de la fecundación, hay vida en los gametos, hay vida en cada célula. (Mosquera, 2001, p.85)

El artículo 7 de la ley General de Salud N° 26842, dispone a la letra:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del

consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Varsi (1996) Es de tener en cuenta que siendo las Técnicas de Reproducción Asistida procesos supletorios de la infertilidad debería exigir a la ley demostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida.

Este artículo permite el uso de las técnicas de la Reproducción Asistida pero prohíbe, la cesión de útero, así como el proceso de óvodonación, al señalar que la condición de madre genética o biológica debe de ser la madre gestante, es decir debe recaer en una misma persona.

Con esto se entiende que está prohibido la óvodonación y es necesario que exista una reforma de esta ley ya que denota confusiones, para aquellos casos donde las parejas estables que sufren infertilidad donde se le hace imposible fecundar vía coito natural, por ejemplo la mujer que padece una anomalía física uterina y le hace imposible gestar y llevar a término su embarazo pero genera óvulos y su pareja si es fértil ellos pueden ceder sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide), pero necesitarían de una tercera persona que se encargue de gestar y llevar el embarazo a término. Dicho de este ejemplo la ley también prohíbe, la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, en otras palabras se impide la experimentación y la fecundación inter especies que consiste en fecundar óvulos de mamíferos con gametos humanos o viseras. Las prohibiciones indicadas carecen de una sanción expresa, siendo considerados solo ilícitos civiles, no son delitos al carecer de tipificación en el código penal (p. 349)

De otro lado, en nuestro Código Civil, en el Libro de derecho Familia artículo 409°, se señala: “la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, en otras palabras, sigue vigente la presunción de maternidad establecida por los romanos: “mater Semper certa est”.

De esta manera, por el parto se prueba la maternidad, pero, ahora a puertas del siglo veintiuno, con un extraordinario desarrollo de la ciencia, en especial de la biología, dicha presunción bien merece ser reexaminada, pues los romanos nunca

se imaginaron que una mujer pudiera alumbrar un niño que genéticamente no es suyo.

Los tiempos han cambiado, la ciencia se ha desarrollado, la mujer que alumbrar a un niño, no es necesariamente la madre, porque después de todo, madre es quien da al niño su herencia genética.

En estos aspectos el código civil de 1984 merece una revisión para tomar en cuenta los nuevos fenómenos que la evolución de la ciencia nos está presentando. (Mosquera, 1997, p.49)

6.2. La maternidad subrogada

También conocida como gestación por sustitución o más comúnmente como vientre de alquiler, Es entendida como aquella práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación.

En la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad. (Mir, 2010, p.178).

Es así que denominaciones como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos (López y Aparisi, 2012: 257).

Esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre , que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural según (Ruiz,2013,p. 4).

Surge ante la necesidad cubrir el más puro de los sentimientos y el derecho natural que es el de ser padres, en familias que se ven imposibilitadas de tenerlos

ya sea por esterilidad o por alguna enfermedad que limita o contraindica la gestación, pues la maternidad subrogada para algunos autores como Weingarten (2007) la describen como “en aquellos supuestos en que el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja” (Weigarten, 2007, p. 199) por otro lado define a la maternidad subrogada como “la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el ovulo o mujer gestante” (Castillo, 2007) entre tanto el informe de Warnock elaborado en el Reino Unido dice que a Maternidad Subrogada “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño” (Montero, 2009).

En consecuencia, Si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entrego su ovulo para la fertilización, es una maternidad subrogada. Además de ser la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar al hijo a quienes se lo pidieron de encargo.

6.3. Tipos de maternidad subrogada

6.3.1. Maternidad subrogada heteróloga

La maternidad subrogada heteróloga es aquella , que se caracteriza por realizarse con gametos provenientes de donantes ya se masculinos, femeninos o ambos en algunos casos, los que son implantados en un vientre sustituto hasta el término de la gestación, ya sea porque la pareja tuvo alguna enfermedad que afecto su fertilidad, y la mujer por alguna causa no puede gestar, es entonces que dicha fecundación es realizada de manera extra corpórea la que es implantada en un vientre sustituto hasta el momento del parto, cuando tiene que entregar el niño a la pareja contratante.

La maternidad subrogada heteróloga, puede darse de la siguiente manera:

- a. El óvulo proviene de la esposa “contratante” y el semen de un cedente.
- b. Cuando el óvulo pertenece a una cedente y el semen al esposo “contratante”
- c. Cuando tanto el óvulo como el semen proviene de cedentes.
- d. Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen del esposo “contratante”.
- e. Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen de un cedente.

Como podemos observar los intervinientes en esta técnica son varios, en el que el proceso de gestación devendría, en un conflicto jurídico si es que no se llegará a entregar al niño después del parto, siendo el más arriesgado cuando la madre sustituta también es la que aporta sus óvulos, ya que esta tendría un apego emocional por el bebe que lleva, y tendrían que enfrentar una negativa, además de ello, reconocer que ella es la madre biológica del niño que llevo en su vientre. (Canessa, 2011, p.16).

La maternidad subrogada Heteróloga, se genera un conflicto respecto a la Identidad del futuro bebe, es decir, su identidad queda fragmentada, el cuestionamiento surge, según quien aporta el ovulo o espermatozoide. Además no solo está en juego la identidad del futuro bebe, sino que en muchos casos la maternidad subrogada Heteróloga, se plantea de manera onerosa ello tomando como referencia el derecho comparado, es decir ,si mediara un pago significaría que la mujer que proporciona su ovulo y gesta, estaría comercializando con su hijo, planteándose el tipo penal de “venta o tráfico de menores”. (Mosquera, 1997.p.48)

6.3.2. Maternidad subrogada homóloga

En este tipo de fecundación asistida es realizada con gametos exclusivamente de la pareja, no se requiere de ningún donante; los gametos (ovulo y espermatozoide) son extraídos de los mismo y se implantan en el vientre de la madre sustituta hasta el momento del alumbramiento, esta técnica es la única oportunidad después de haber intentado otras técnicas de fecundación de tener un hijo genéticamente propio, ya que por problemas de salud resulto imposible. (Canessa, 2011, p.17)

6.3.3. La Maternidad Subrogada Homóloga como medio de solución a la contradicción o limitación de fecundación en la Mujer.

Entre tanto la maternidad subrogada homologa se convierte en la perfecta opción para aquellas parejas que no tienen un hijo por problemas o limitaciones a la fecundación como resultado de haber padecido alguna enfermedad que afecto directamente al aparato reproductor femenino que va desde una malformación en el útero (endometriosis) , histerectomía , hasta la alteración en la producción de óvulos, pero que previo a recibir tratamiento para el padecimiento de la

enfermedad se someten a la extracción de sus óvulos para que con la crioconservación se mantengan hasta el momento en el que se decida optar por tener un hijo, podría una mujer enfrentar la situación, el que una mujer nunca fue madre antes de padecer alguna enfermedad que afecte a la reproducción, en ese caso resulta el impacto psicológico más fuerte ya que la frustración que siente, afecta a sus autoestima llegando a producirse altos niveles de estrés. Para realizar la maternidad subrogada en la modalidad homóloga hay que tener en cuenta que se realiza entre los padres intencionales que aporta el material genético (ovulo y esperma) y la madre sustituta la que presta su vientre, todo este proceso recae en el nombre de la gestación por Sustitución Homóloga. En los últimos años se han visto incrementados los casos de cáncer, principalmente el cáncer uterino, el que afecta a un gran porcentaje de mujeres en edad fértil cuya consecuencia de padecerla es la imposibilidad de gestar. (Canessa, 2011, p.18).

6.4. Tipos de Gestación subrogada

6.4.1. Gestación subrogada parcial o tradicional

Este tipo de subrogación, tiene que ver con la procedencia del óvulo y el espermatozoide, es decir de quien aporte el material genético, en este caso la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el esperma de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el esperma de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica.

En este sentido no es necesario hacer una fecundación in vitro, sino que basta con una inseminación artificial para incluir la esperma del futuro padre. Este tipo de subrogación es cada vez más obsoleto y menos aceptado por las leyes de los diferentes países, pues les preocupa el vínculo que se forma entre la madre y el bebé. (Cruz Ponce, 1990, p.65)

6.4.2. Subrogación gestacional o total

En este tipo de subrogación, los óvulos provienen de la futura madre o de la donante de óvulos, por lo que el proceso que se realiza, es la fecundación in vitro para que el embrión que haya surgido del proceso sea implantado en el vientre de la mujer gestante, quien dará a luz al bebé y se lo entregará a sus padres.

Aquí la madre de alquiler se limitará a gestar el embarazo, para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante fecundación in vitro, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica con gametos de la pareja contratante o gametos de donante.

6.4.3. Gestación subrogada comercial

En este tipo de subrogación ya no se clasifica, por la procedencia de los óvulos, sino por la compensación económica, es decir en el caso de la mujer que alquila su vientre y recibe un pago, por parte de los futuros padres por gestar el embrión y dar a luz al bebé. Si mediara un pago, en el caso que la mujer que proporcione su ovulo y gesta, entrega a su hijo a cambio de un dinero convirtiendo, esa acción en una venta o tráfico de niños.

6.4.4. Gestación subrogada altruista

En el caso contrario, la subrogación altruista se da, cuando la mujer que presta su vientre lo hace de manera libre a título gratuito es decir desinteresadamente, acepta el encargo por un sentimiento solidarizario respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión y llevar a término un embarazo.

No recibe ningún tipo de pago o compensación económica por hacerlo. Si bien no es el más común de los casos, lo vemos cuando por ejemplo, una mujer se ofrece a gestar el hijo de su hermano o hermana.

Muchos consideran que el mal llamado “alquiler de útero” es un contrato, lo cual no es así, Aquella pareja que ve frustrado su proyecto vital de ser padres recurren a una mujer que actúa altruistamente, mediante la libre disposición sobre su propio cuerpo, con miras a que dicha pareja cumpla con su más caro anhelo.

Es por eso que el derecho tiene que intervenir para que, mediante una adecuada regulación, cumpla una función liberadora, distinguiéndose aquel acto altruista de los excesos que se pueden cometer, los cuales deben ser prohibidos por ley.(Cruz Ponce, 1990, p.65).

6.5. Derechos del Concebido

Si bien, históricamente, no siempre se consideró al concebido titular de derechos, este, desde la época de los romanos, ya contaba con especial protección: *“Los profesores J. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet opinan que el*

derecho romano no reconoció al concebido como sujeto de derecho, sino que solo protegió sus intereses y su futura persona. Los principios doctrinales no daban personalidad jurídica al nasciturus, sino protección.” (Cruz Ponce, 1990, p.67)

El derecho más importante al que debemos referirnos cuando tratamos la esfera legal del concebido, en este tipo de situaciones, es el de la vida. Como mencionamos anteriormente, el inicio de la vida, para nuestra legislación, se produce con la concepción; por ello, debemos entender que, en el Perú, en tanto exista individualidad genética, este sujeto de Derecho será protegido.

Para profundizar la posición del estado peruano acerca de este tema la cual ha sido mencionada en párrafos anteriores, nos remitimos a lo expuesto por Rosario de la Fuente (2011)

“Se denomina embrión al ser humano desde el momento de la fecundación, esto es, desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide hasta los primeros meses de vida. Se trata de un individuo de la especie humana distinto y dinámicamente autónomo respecto de la madre cuyo desarrollo es un proceso continuo ordenado por tres principios: la coordinación —de acuerdo a la información contenida en el genoma—, la continuidad y la gradualidad. En este punto existe un amplio acuerdo en la doctrina científica, aunque algunos autores apoyándose en los datos que nos dan las ciencias biológicas niegan la condición individual del cigoto.” (p.68)

En otras palabras, si bien el cigoto no es físicamente independiente, en la medida de que no puede valerse por sí mismo para subsistir, sí lo será respecto de su identidad biológica. Es decir, se trata de un “ser humano genéticamente individualizado” (Fernández Sessarego, 1988, p.52)

Nuestra legislación no es ajena, entonces, a la postura de una parte de la sociedad científica que considera que el proceso de la evolución del embrión da inicio desde antes de la implantación del mismo en el útero materno.

No se tendrá en cuenta, por consiguiente, en la legislación peruana, que el inicio de la vida se produce con la aparición de la actividad cerebral del concebido alrededor de los cuatro meses de embarazo. Esto sobre la base que, desde el momento de la fecundación, existe viabilidad para la vida humana y, por lo tanto,

protección para la misma. La postura del estado resulta discutible, para ciertos sectores, dado que se considera que, si la existencia humana finaliza con el cese de la actividad cerebral; debería iniciar cuando esta aparece y no ampararse en potencialidades para generar derechos y obligaciones.

Por el contrario, en el Perú, el asunto reside en que, legalmente, el concebido – como humano– existe a partir de la fecundación, cuando, evidentemente, se encuentra en el sistema de la madre. Será, entonces, cuando se le considere titular de determinados derechos, que se terminan de afirmar al momento del nacimiento –o finalizan con el término de la existencia del no nacido-. En este último caso, jurídicamente, se considerará que el concebido nunca existió.

Una vez establecido esto, surge una nueva interrogante. ¿En qué medida se considera al concebido un sujeto de derecho que depende de su madre para poder hacer efectivo su derecho a la vida? En principio, debemos responder que, en tanto el concebido no puede valerse por sí mismo, estará condicionado a que la madre le proporcione una existencia protegida de cualquier daño o amenaza. (Gonzales, 2006, p.26)

Es importante comprender que, cuando en párrafos anteriores mencionábamos determinados criterios médicos para medir las posibilidades que tendría el concebido para sobrevivir si algo le ocurriese a su madre, incluso bajo esas condiciones, él continuaba dependiendo de que el cuerpo de la madre continuase funcionando –inclusive artificialmente– para brindarle un ambiente propicio para existir. Sobre ello, podemos referir:

“(...) la futura madre se ha ubicado a sí misma en una clase especial de personas que están trayendo a otra persona a la existencia y, sobre quien, la vida de esa otra persona es totalmente dependiente. También, de forma única, el niño no-nacido viable se encuentra, literalmente, cautivo dentro del cuerpo de la madre (...)” (Friedman, 1994, p.164)

6.6. Maternidad Subrogada en el Perú

Existe disconformidad terminológica y conceptual respecto de aquel acto que tiene por objeto encargar la concepción de un hijo en un vientre que no le pertenece necesariamente a la madre genética con el fin de que ese niño sea posteriormente entregado a quien o quienes lo encargaron. Esta situación se explica en razón de las controversias éticas, religiosas, jurídicas y socioculturales que desencadena dicha práctica, lo cual obstaculiza la unificación de la nomenclatura, así como la convergencia de criterios y componentes que la definen. No obstante ello, la denominación que prevalece es la de maternidad subrogada. (Ruiz, 2013)

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. El artículo 7 de la Ley General de Salud, establece una prohibición tácita respecto de esta práctica en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. (Ruiz, 2013, p.26)

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un “tráfico de menores” y de “vientres de alquileres”, debe darse urgente, una regulación que controle y limite esta práctica.

No obstante tal escenario, la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú que ha sido puesta en evidencia, principalmente, a través de fuentes periodísticas (Canessa, 2011, p. 106). Es así como en el año 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre una red de profesionales médicos y personas encargada de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora. «Organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes». Se trataba de una red que operaba en nuestro país y ofrecía el servicio de maternidad subrogada o como lo denomina el reportaje de "vientres de alquiler". (Diario La República, 2006, p.3).

Si bien el reportaje revela la forma clandestina e ilegal con la que actúan estas personas, expone también la participación de clínicas reconocidas en el manejo de técnicas de reproducción asistida. Esta situación, por lo tanto, pone al descubierto una realidad que se viene dando al margen de lo establecido en la regulación nacional o para ser más precisos, que se da más bien por ausencia de regulación expresa al respecto.

6.6.1. Proyecto de Ley 2839/2013-CR

Así, en octubre del año 2013, se presentó el Proyecto de Ley 2839/2013-CR del grupo parlamentario Solidaridad Nacional, que tenía como finalidad modificar el artículo 7 de La Ley General de Salud N° 26842, e incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista. Esta figura, según se advierte en el artículo 2 de la propuesta legislativa se refiere a lo siguiente:

La maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro, de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

En consecuencia, y frente a un escenario en el que se evidencia no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino sobre todo, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de conflictos derivados de esta práctica, resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad.(Muñante, 2018, p.34)

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. Sin embargo, esta es una práctica real que ha sido expuesta principalmente a través de fuentes periodísticas que develan la forma clandestina e ilegal con la que actúan algunas personas y clínicas involucradas. Esta situación evidencia, no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino esencialmente, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de controversias derivadas de esta práctica, razón por la cual resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad.

CAPITULO VII:

CONSENTIMIENTO INFORMADO

7.1. Consentimiento Informado

7.1.1. Definiciones de consentimiento informado

El carácter dinámico del consentimiento informado como término jurídico, se refleja en las diversas formas de definirlo. De este modo, podemos encontrar tantas definiciones como autores se han dedicado a estudiar el tema desde diversas perspectivas o realzando su esencia a partir de distintos elementos, de modo que se pueden señalar como destacables las siguientes:

Como proceso comunicativo dentro de la relación médico – paciente, se le ha definido como:

“la culminación de un proceso gradual en el seno de la relación médico paciente en virtud del cual el último acepta o no someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico. En este proceso, el médico tiene el deber informar referente a cantidad y calidad suficiente referente a la naturaleza, beneficios y riesgos del procedimiento, así como sus posibles alternativas, entendiéndose que, el propósito del consentimiento informado es la participación informada del paciente y no la obtención de un documento de salvaguardia”. (Pacheco, 2001, p.5)

Por su parte el Manual de Ética del Colegio Americano de Médicos, en su versión de 1998, lo definía como *“la explicación a un paciente atento y mentalmente apto sobre la razón de ser de su enfermedad, también como de los efectos que pueda producir la misma y los riesgos a los cuales pueden ser sometidos, a causa de los procedimientos terapéuticos recomendados, para así solicitar su aprobación para ser llevado a dichos procedimientos”.* (Anguita, 2013, p.9)

Visto desde el punto de vista jurídico de la relación médico – paciente se le define como *“un derecho propio de los pacientes y un deber de todos los médicos e instituciones, el solicitarlo siempre constituye una obligación primeramente moral antes que jurídica”.* (Mendoza, Nava & Escalante, 2003, p.11)

Si vemos desde otra óptica, desde la del paciente se dice que “es una manifestación pública y voluntaria efectuada por un paciente o por el que hace sus veces de representante, por el cual, luego de dársele la información correspondiente desde los médicos o la institución promotora, relacionada con el procedimiento o intervención quirúrgica que se adjudica como especialmente aconsejable, decide prestar su aprobación y someterse a tal procedimiento o intervención”. (Miranda, 2006, p.20)

Desde la perspectiva del médico se señala que “el consentimiento informado se ve reflejada en la afirmación que hace la persona que aceptara un tratamiento médico y la decisión de aceptar que manifiesta el paciente, lo mismo que implica un vínculo, en términos que oscilan entre la adhesión y la paridad, las cuales tendrán como función llegar a concretar la acción médica, dándose de esta manera una relación de causa-efecto entre el consentimiento y la acción médica”. (Vivanco, 2009, p.18)

Desde la óptica del acto médico se dice que “forma parte del acto médico y debe surgir de la relación médico – paciente, siendo un derecho del paciente y una obligación ética y legal para el médico. Se trata de un acto clínico que no puede ser substituido por otro de carácter meramente formal o administrativo”. (Mendoza, 2003, p.18)

Una visión más compleja señala que “es el proceso gradual que tiene lugar en el centro de la relación sanitario-usuario, en motivo de la cual el sujeto siempre de forma competente o capaz, recibe del sanitario información suficiente, en términos comprensibles, que le ayuden a para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones y tomando en cuenta el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad”. (Galán, 1997, p.19) “Es un presupuesto y elemento integrante de la lex artis. Constituye, por consiguiente, una exigencia de la lex artis para llevar a efecto la actividad médico – quirúrgica curativa... Es un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad”. (Galán, 1997, p.20)

El consentimiento informado, aparece como una forma de hacer que el paciente participe en las decisiones que conciernen a los tratamientos que se le deben aplicar, de acuerdo a sus propias prioridades y a sus valores, los cuales pueden ser divergentes con los del médico. El derecho a esta participación en la toma de decisiones es el derecho que viene siendo reconocido por la norma de consentimiento informado, lo que obliga a una reestructuración de cómo se concibe la relación médico-paciente. (Sánchez, 1996, p. 2)

El Consentimiento Informado representa un reto para las investigaciones donde se involucran seres humanos como sujetos de pruebas y ensayos, por lo que su aplicación se ve bastante influenciada por una amplio espectro de condiciones, entre las que identificamos los objetivos de las investigaciones, los resultados esperados, las características socioeconómicas del grupo que es objeto de la investigación, las capacidades comunicativas de los investigadores y las necesidades reales de los pacientes. El respeto a la autonomía de la persona y la sociedad, y el rigor del compromiso con la verdad científica, reflejados en el Consentimiento Informado redactado con pertinencia y conciliado, configuraría un equilibrio ideal entre la investigación y la atención en salud.(Cañete, et. al., 2012, p. 6)

De estas definiciones podemos extraer las siguientes conclusiones:

Se trata de un proceso que tiene lugar dentro de la relación médico – paciente.

Este proceso es eminentemente comunicacional, donde el profesional médico entrega determinada información al paciente, quien una vez comprendida y analizada, acepta o rechaza un determinado tratamiento clínico, forma parte del acto médico. Es parte integrante de la lex artis de la medicina.

Tiene un marcado carácter jurídico, dado que se relaciona directamente con derechos fundamentales de los pacientes, se enmarca dentro de un acto de relevancia jurídica y su omisión puede acarrear responsabilidad (civil, penal y administrativa) para el profesional médico.

Requiere que sea prestado por el propio paciente o un representante suyo habilitado legalmente para ello.

El consentimiento informado se vincula directamente con la idea de garantizar que el paciente participe en las decisiones clínicas que se toman respecto de su salud e integridad física, y su fin no es más que asegurar que *“la persona pueda decidir efectivamente sobre su cuerpo, como corresponde a su dignidad, y que esta decisión esté basada en una información genuina, honesta y humana”*. (Pacheco, 2001)

En este punto, concuerda con lo expresado por los Dres. Ortiz y Burdiles, cuando señalan que *“el fundamento del consentimiento informado, lo constituyen los derechos que las personas tienen por el hecho de ser tales, es decir por ser sujetos y no objetos de derecho; más concretamente, los derechos de igualdad, autonomía, libertad individual, integridad física y psíquica y de conciencia”*. (Ortiz y Burdiles, 2010, p.21)

7.1.2. Naturaleza jurídica del consentimiento informado

En España, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia pronunciada el 12 de enero del 2001, otorgo el consentimiento informado la calidad de derecho humano fundamental, entendiéndolo como *“consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”*.

Sancho (2004) señala que dicha declaración incurre en imprecisiones, como calificar al consentimiento informado como un derecho humano fundamental, lo que puede inducir a un error al no dejar claro *“si con ello se pretende incluirlo dentro de los llamados “derechos fundamentales” que estarían sujetos a una regulación por Ley Orgánica y garantizados con una tutela judicial específica por los tribunales ordinarios y por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*.

Otro sector de la doctrina prefiere relacionarlo más con un “derecho de la personalidad”, para distinguirlo de los derechos patrimoniales, porque se apunta más a caracteres propios de esa categoría de derechos, que dicen relación con la indisponibilidad y su condicionamiento respecto de su ejercicio mediante representación.

De esta manera, se explica que el consentimiento informado tiene relación directa con la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física (autodeterminación), (De La Maza, 2010, p.16) siendo precisamente el instrumento por el cual los individuos ejercen esta autonomía en el ámbito sanitario al requerir servicios profesionales médicos.

Como todo consentimiento dirigido a autorizar un tratamiento, el Consentimiento Informado a las Técnicas Reproducción Asistida tiene un doble contenido. Por un lado, se compone de la información sobre el propio tratamiento y, por otro, del acto personal de prestación del consentimiento. La primera es requisito imprescindible para la validez del segundo. Además de ir dirigido a autorizar una técnica en concreto, el consentimiento puede conllevar la aceptación de técnicas accesorias, como la crioconservación de los gametos o preembriones, o los acuerdos de las partes del proyecto parental dirigidos a anticipar su destino en caso de circunstancias sobrevenidas. El mismo consentimiento es el instrumento utilizado para asumir la filiación que puede derivar del recurso a las Técnicas de Reproducción Asistida.

7.1.3. Requisitos generales

El consentimiento de los usuarios a la aplicación de las Técnicas Reproducción Asistida es, en primer lugar, un consentimiento informado, de manera que la información médica es requisito imprescindible para la validez de la aceptación del tratamiento y del proceso que conlleva. El derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento hace necesario otorgar su consentimiento después de haber recibido la información necesaria, y en negarse si lo estima conveniente para sus intereses.

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho con un doble contenido que comprende, en primer lugar y por norma general, la obligación de proporcionar de forma comprensible tanto al paciente como a sus familiares o personas cercanas, información completa, continuada y verbal (o, en su caso, escrita) sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. La obligación de los médicos de proporcionar esta información es correlativa al derecho los pacientes a obtenerla. A pesar de su estrecha

vinculación con el consentimiento al acto médico, el derecho a la información se justifica en sí mismo y tiene carácter autónomo. (Farnos, 2011, p.65)

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, el derecho también comprende la posibilidad del paciente de elegir libremente entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el consentimiento escrito y previo del usuario a cualquier intervención. Con ello, el derecho de información del paciente constituye el presupuesto o antecedente necesario del Consentimiento informado, de manera que su omisión o cumplimiento defectuoso genera responsabilidad profesional. Por norma general, cuando el paciente no está capacitado para tomar decisiones, esta facultad corresponde a sus familiares o personas cercanas.

La información a suministrar no sólo requiere conocimiento científico por parte de los profesionales, sino capacidad de comunicarla en las condiciones adecuadas, es decir, en un lenguaje sencillo e inteligible, en función de las probabilidades de éxito de la intervención y los riesgos que conlleva.

Estos requisitos encajan con los que tradicionalmente se han exigido el fin que exista un verdadero consentimiento Informado que satisfaga el requisito ético de respetar la decisión autónoma de la persona, que son los siguientes:

- El suministro al paciente de la información sobre el tratamiento a seguir.
- La comprensión del tratamiento por parte del paciente, la comprensión de la información suministrada es una exigencia del consentimiento y un derecho del paciente, por lo que constituye uno de los componentes más importantes del consentimiento libre, y requiere cooperación por parte de los profesionales. No puede haber un verdadero consentimiento informado si no existe una comprensión cuidadosa de lo transmitido por profesional, por lo que la claridad se antepone a el uso de tecnicismos.
- La voluntariedad o libertad de aceptar un tratamiento en concreto. Se trata de otro elemento básico del consentimiento informado, equivalente a la libre toma de la decisión médica. En general, requiere que la persona no se encuentre sometida a coacción ni manipulación. La manipulación consiste en una forma indirecta de coacción o la persuasión racional, no del todo infrecuente en el

ámbito de la salud, que se manifiesta a través de una forma deliberada de suministrar la información para alterar la comprensión de la situación real por parte de los pacientes y motivarlos a actuar de la forma prevista del agente.

- La competencia o capacidad del paciente para llevar a cabo un acto concreto. Los pacientes son competentes si son capaces de comprender la información material que se les suministra, de valorarla de acuerdo con sus principios, de perseguir un resultado concreto, y de comunicar libremente sus deseos a los profesionales. (Farnos, 2011, p.74)

7.2. Contenido del Consentimiento Informado en la Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

7.2.1. Objetos

El consentimiento informado es un término jurídico, de origen jurisprudencial, que se refiere al proceso de formación de la voluntad del paciente a partir de la información suministrada por su médico sobre los riesgos y beneficios de un tratamiento determinado que el paciente acepta. (Mendoza, 2003, p.10).

En España, el derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento viene avalado por numerosos preceptos constitucionales y ser positivado por primera vez en el artículo 10, apartados 5 y 6, de la LGS. Con posterioridad, la Ley 41/2002 consagró el principio general del respeto a la autonomía del paciente, que debe estar presente en cualquier tratamiento médico y consiste en reconocer validez y eficacia jurídica a las decisiones que de forma libre, reflexiva y voluntaria el paciente ha tomado sobre los tratamientos sanitarios que quiere permitir o rechazar. El paciente ejerce su autonomía privada cuando decide entre las opciones clínicas disponibles, incluida la de no recibir tratamiento. A partir de su plasmación jurídica, el derecho a la autonomía del paciente expresado a través del consentimiento informado convierte en una práctica legítima lo que de otro modo sería una intervención no consentida o agresión. Por lo tanto, la obtención adecuada del consentimiento informado facilita evitar litigios futuros.

El artículo 3 de la Ley 41/2002 define el consentimiento informado como "(...) la Conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sobre facultadas después de recibir la información adecuada, para

que atienda lugar una actuaciones que afectan a su salud." (Mendoza, 2003, p.12)

El consentimiento a las TRA puede autorizar dos tipos de actos:

- a) Actos dirigidos a la gestación. Dadas las bajas probabilidades de lograr un embarazo en un único ciclo de tratamiento, por norma general los programas de reproducción asistida se dirigen a obtener el consentimiento por varios ciclos del mismo procedimiento a través de un único acto. No se trata de un consentimiento general, ya que cada técnica conlleva unos riesgos determinados y, por tanto, el consentimiento tiene por objeto autorizar un número determinado de ciclos por cada técnica en concreto (IA, FIVTE o GIFT homóloga o heteróloga)

Entre los consentimientos dirigidos a autorizar las propias técnicas, también se encuentran los que autorizan los tratamientos que estas requieren, como el tratamiento inductor de la ovulación en la FIVTE.

- b) Actos accesorios. Además de autorizar el procedimiento encaminado a la obtención de un embarazo, el consentimiento a las TRA también se puede dirigir a autorizar la donación de preembriones, óvulos o espermatozoides, así como su crioconservación y posterior almacenamiento. Así mismo, en personas con determinadas enfermedades de origen genético, el consentimiento puede perseguir la autorización de un programa de diagnóstico genético preimplantacional (DGP)

En las técnicas que generan preembriones sobrantes (típicamente, la FIVTE), cada vez es más común que los formularios de CI a la técnica en cuestión incluyan cláusulas que permitan anticipar cuestiones como el destino los preembriones crioconservados si se produce un cambio de circunstancias como la muerte o incapacidad de una de las partes del proyecto parental, la ruptura del proyecto por separación o divorcio, o cualquier otra contingencia que haga inidónea la transferencia de los preembriones en el marco del proyecto parental en el que fueron creados. (Mendoza, 2003, p.10)

El consentimiento informado no puede ser una mera prueba preconstituida en favor del médico que busca únicamente eximirse de responsabilidad ante el daño sufrido por su paciente y frente al tribunal de justicia. Es por ello que consideramos imprescindible la revalorización de los roles en relación médico-paciente, y la afirmación de la autonomía de este último y su derecho a ser informado, principalmente con la debida jerarquización de la figura femenina (Loyarte & Rotonda, 1995.p.104)

La persona que va a aceptar o realizar la práctica de una de estas técnicas en su propio cuerpo o en de su pareja, no solo debe ser capaz o competente, sino que además debe elaborar una decisión racional que compense riesgos y beneficios.

Creemos adecuado en los casos de estas prácticas la presencia de un comité ético-interdisciplinario-que asesore debidamente a la pareja interesada antes de la realización de la técnica. Resulta prudente la presencia de profesionales de distintas áreas que ayuden en la concreción de una visión integral de las consecuencias y factores que participan en las procreaciones medicamente asistidas. Solo así estaremos más seguros de que cada uno de los miembros de la pareja ha arribado a su decisión de manera flexiva y autónoma. (Loyarte & Rotonda, 1995.p.105)

7.2.2. Sujetos

Tomando como referencia la LTRHA de LIRA, España, utiliza indistintamente el término "Receptora" (art. 6, 11, 18, 21 y 26) y "usuaria" (art. 3.5 y 6) para referirse a la mujer que se somete a las TRA. El recurso al cabo "Usuaría", más infrecuente que el de receptora en la propia Ley, no es aconsejable en el marco de tratamientos voluntarios como las TRA, una vez descartado que la infertilidad sea una enfermedad. El artículo 3 de la Ley 41/2002 define el "usuario" como "la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria ", en contraposición a "paciente ", que es "la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidado profesional para el mantenimiento o recuperación de su salud" (Farnos, 2011, p.67)

La prestación del consentimiento a la aplicación de las TRA por parte de la mujer también se regula en el artículo 6.1 LTRHA:

"Toda mujer mayor de 18 años y con plena Capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que Haya prestación sume Consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de estado civil y orientación sexual."

El consentimiento de la mujer es el más importante de todos los que pueden concurrir en la práctica de las TRA porque es necesario para autorizar los procesos médicos que las TRA implican y que se han de aplicar sobre su cuerpo para conseguir un embarazo. (Farnos, 2011, p.68)

La exigencia de la mayoría de edad para acceder a las TRA se basa en que no constituyen meros tratamientos terapéuticos y, por tanto, el su carácter voluntario hace extremar el deber de informar y solicitar el consentimiento. Con esta exigencia el legislador asume que la mujer es responsable de hacer frente a las consecuencias derivadas del acceso a las TRA. Ahora bien, como se ha notado con buen criterio, la exigencia de la mayoría de edad junto con la capacidad de obrar es redundante, ya que la segunda ya presupone la primera.

La LTRHA no requiere que la receptora de las técnicas esté casada, ni siquiera que conviva en pareja estable. Ahora bien, como veremos a continuación, cuando la receptora está casada con un hombre la ley requiere el consentimiento del marido excepto que se acredite la separación legal o de hecho de la pareja (art.6.3 LTRHA).

7.2.3. Formas

La expresión del consentimiento informado en forma verbal deriva del ya mencionado artículo 2.2 de la Ley 41/2002 de la legislación española, que regula el derecho del paciente a decidir después de haber obtenido la información adecuada sobre el tratamiento.

Según el art.8.2 este consentimiento debe hacerse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general,

cuando se llevan a cabo procedimientos que conllevan riesgos e inconvenientes notorios y previsibles, susceptibles de repercutir en la salud del paciente. (Farnos, 2011, p.81)

7.2.4. Revocación

La LTRHA concreta la facultad general de revocación del consentimiento que existe en el ámbito de los tratamientos médicos en el artículo 3.5 (art. 2.4 LIRA), que permite a la mujer receptora solicitar la suspensión de las TRA en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria. La posibilidad de revocación del consentimiento hasta ese momento se explica porque cuando la receptora solicita la suspensión de las TRA con posterioridad a la transferencia embrionaria o implantación, el embarazo ya se ha producido. En este caso, ya no nos encontramos propiamente ante de un supuesto de suspensión de las TRA, sino de aborto. (Farnos, 2011, p.84)

No se refiere a la posible suspensión de las técnicas durante el período comprendido entre la primera solicitud y la aceptación final de la técnica concreta, ya que en este momento el tratamiento ni siquiera se ha iniciado y, por tanto, no se puede hablar propiamente de revocación porque todavía no hay consentimiento. El precepto alude a la suspensión de la técnica una vez aceptada y, en particular, cuando ya se han iniciado algunas de las actividades encaminadas a lograr un embarazo.

El vigente artículo 3.5 LTRHA se refiere exclusivamente a la receptora, ya que pretende impedir la aplicación forzosa de las técnicas sobre el propio cuerpo, en tanto que esto constituiría una intromisión en su integridad corporal, tipificada en el ya mencionado artículo 161 CP.

Quiere decir, el legislador sólo regula expresamente la facultad de revocación de la receptora por los efectos que podría tener sobre su integridad corporal la aplicación forzosa de las TRA, lo que no impide que en determinadas circunstancias las otras personas que pueden consentir a las técnicas también puedan revocar el consentimiento. (Farnos, 2011, p.84)

CAPITULO VIII:

TRÁFICO DE MENORES

8.1. Trata de personas

La trata de personas es, en efecto, un problema social que desborda las consideraciones jurídicas y victimológicas tradicionales. Es un delito en muchos casos relacionados a la criminalidad organizada, con graves consecuencias para los derechos humanos y la seguridad ciudadana en el país, respecto del cual urge persistir en el sendero de estrategias y políticas implementadas (Muñante, 2018, p.4)

La modificación realizada al artículo 153° del Código Penal Peruano modificado por la Ley N° 30838 de fecha 11 de julio del 2018, pretende evitar que el consentimiento de la víctima exima o atenúe la responsabilidad penal del autor, al señalar de forma expresa que este no podrá ser tomado en cuenta al momento de evaluar la tipicidad y antijuricidad del comportamiento del sujeto activo en los casos en que este último haya recurrido a uno de los medios enumerados en el primer inciso de la norma. Esta disposición pone de manifiesto una realidad ya conocida: las víctimas de trata de personas se encuentran en una situación tal de vulnerabilidad que no resulta posible considerar la existencia de un consentimiento previo, informado, autónomo y voluntario, esto es, de un consentimiento realmente válido. Cabe indicar que en el caso de niños, niñas o adolescentes víctimas de trata de personas, la nueva norma establece una exclusión total del consentimiento, al indicar que todo acto de captación, traslado y retención con fines de explotación será considerado trata de personas aun cuando no se haya utilizado ningún medio de sometimiento de la voluntad del menor.

Finalmente, en el segundo inciso del artículo 153° se establece un sistema *numerus apertus* en relación con las formas de explotación a las que puede ser sometida una víctima de trata de personas. En ese sentido, la expresión “cualquier otra forma análoga de explotación” permitirá que los casos de trata de personas que no posean como fin una de las figuras enunciadas en la norma también puedan ser criminalizadas. (Muñante, 2018, p.4)

No cabe duda que, a través de este cambio legislativo, se busca reforzar las herramientas legales para la actuación de los operadores de justicia en los casos de trata de personas, brindándoles los medios normativos necesarios para poder cumplir cabalmente con la persecución de lo que hoy en día se conoce como la esclavitud del siglo XXI.

Como afirma la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, s/f) “la demanda de mano de obra barata, de servicios sexuales, y de ciertas actividades delictivas son las causas originarias de la trata de personas.” (p.20)

Según manifiesta Ngozi Ezeilo (2009) “Los DDHH de las personas constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.” (p.18)

En el marco de la trata de personas debemos tener en cuenta lo siguiente:

Muchas veces, especialmente en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, la trata de personas se ve vinculada a los delitos de lesa humanidad. Al respecto, el Código Penal Peruano, en su Título XIV-A “Delitos contra la humanidad”, establece los siguientes tipos penales: Genocidio (art. 319), Desaparición Forzada (art. 320), tortura (art. 321), Tortura cometida con participación de profesional de la salud (art. 322), Discriminación e incitación a la discriminación (art. 323), y Manipulación genética (art. 324) (Muñante, 2018, p.7)

8.2 Conductas punibles en el Código penal Peruano

La Ley 27636 incorporó al Código Penal el capítulo referido a los delitos contra la humanidad en la modalidad de delitos de manipulación genética, sin embargo se ha limitado a regular únicamente las técnicas de manipulación con la finalidad de clonar seres humano, dejando de lado a las otras modalidades tales como la ectogénesis, la inseminación post mortem, la regulación del banco de embriones, la partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos y químicos sin que sea fecundado por un espermatozoide humano, etc. (Bramont Arias, 2002, p.25)

No existe en el ordenamiento peruano parámetros para el ejercicio de los especialistas en genética en la ciencia médica, que sin impedir el avance de la

ciencia, deban delimitar la manipulación genética por respeto a la dignidad humana. Los casos de manipulación genética son contrarios a la paz social, el orden público y las buenas costumbres, por lo que deben ser tipificados como delitos biológicos. (Bramont Arias, 2002, p.26)

La manipulación genética, camuflada dentro de las técnicas de reproducción humana asistida: inseminación artificial y fecundación in vitro, las cuales no se han contemplado penalmente, pero que conducen una afectación a ciertos bienes jurídicos.

8.3. Trata de personas y maternidad subrogada

Esto, evidentemente, deviene en un delito grave, más ahora bien, para que se configure el delito de trata de personas, según el artículo 153° del Código Penal solo basta el fraude o engaño, concesión de pagos o de cualquier beneficio para captar, acoger o trasladar a una persona en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, entendiéndose esta explotación como la venta de niños, niñas o adolescentes. Para lo cual se prevé una pena no menor de 8 ni mayor de 15 años. Siendo el delito de la falsificación de documentos y/o falsedad ideológica el medio para realizarla, por lo cual estas conductas ilícitas y todas las demás que se hayan cometido para dicho fin, estarían subsumidas en el delito principal que es la trata de personas.

Esto se debe en gran medida, a que esta práctica afecta la dignidad humana, no sólo el de los niños engendrados mediante esta técnica, sino también el de las mujeres, las cuales se ven concebidas como simples fabricas humanas, puestas al mejor postor. (Muñante, 2018, p.10)

Existen casos de crimen organizado en otras latitudes. En Asia se dismanteló una red de venta de bebés, denominada *Babe 1013*, en la que se liberó a veintiún jóvenes vietnamitas secuestradas bajo el engaño de una oferta de trabajo, para utilizarlas como madres gestantes a través de la implantación de embriones. (Muñante, 2018, p.12)

En junio de 2012, la policía nigeriana rescató de una casa a 32 niñas embarazadas, de entre 15 y 17 años de edad. Algunas de ellas declararon que

les habían ofrecido aproximadamente 192 dólares por vender a sus bebés, el precio final dependía del sexo de los bebés.

Con la finalidad de evitar el trato indigno de la persona se hace necesario legislar exclusivamente en la gestación por sustitución homóloga de manera altruista, en donde los padres intencionales, son los portadores de la carga genética (ovulo y espermatozoide) y el vientre altruista o solidarlo de la tercera persona será por única vez, cuando se compruebe fehacientemente un problema de salud física y tener la necesidad, de procrear.

Dicha técnica como es la Gestación por sustitución Homologa es la menos controversial, en la manera que no causa estragos en la identidad del futuro bebe puesto, que con esta técnica busca proteger el interés superior del niño y con ello evitar lo que es el tráfico de menores evitando que un donante tercero venda su ovulo a los padres intencionales. (Muñante, 2018, p.13)

8.4. Tráfico de menores desde la concepción

8.4.1. Vientre de alquiler

En definitiva, es incorrecto hablar de «maternidad subrogada»; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. La maternidad sólo se puede vivir en primera persona. Igualmente erróneo es el vulgarismo «vientre de alquiler »; su matiz peyorativo es tan evidente como cuando en los 80 se hablaba de bebé probeta. (Farnos, 2011, p.90)

Por ello se coincide con Souto Galván (2005.p.183), para quien la denominación más adecuada sería *gestación de sustitución*, puesto que se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro de los términos a los que he hecho referencia.

El útero de alquiler o subrogado se define como la utilización del útero de una mujer como recipiente para el desarrollo de un embarazo a término, teniendo como meta devolverlo a la pareja que dio sus gametos que formaron los embriones que dieron origen a ese embarazo.

Según Jesús Gonzáles Merlo; citado por Guitron (1987) “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”. (p.73)

A lo que diremos es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.

Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser. Con la intención de entregarlo.

Pese que la figura de vientre de alquiler no está jurídicamente tipificada, existen juristas que lo llevan al campo de la relación contractual privada. Tal como pasaremos a explicar.

A raíz del surgimiento de este fenómeno, en el cual una mujer podía dar a luz al hijo de otra, se le va denominar alquiler de vientre, ello debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los sociólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante, arrendaba el vientre de la mujer ofertante para que llevara en él, la gestación de sus gametos fecundados, al respecto cabría preguntarse si dicha figura es un auténtico contrato de arrendamiento. (Medina y Erades; (1990, p.31)

Ya que entendemos que en un contrato de alquiler como lo señala nuestro Código Civil vigente, intervienen un arrendador concebida esta como la persona que da en arriendo una cosa a cambio de un precio estipulado, que para la relación jurídica en estudio viene a ser la mujer que alquila su vientre o finge de madre sustituta, por otro lado también intervienen un arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa por el cual paga un precio determinado, para el caso concreto el arrendatario viene a ser la pareja que contrata a la mujer como madre portadora, así también hay una cosa o bien materia de alquiler que viene a ser el vientre.

Pero ello nos lleva a preguntarnos si el vientre de una mujer (claustro uterino) es de disposición de la titular del mismo, y si ejerce derecho de disposición sobre él; asumiendo posición flexible diríamos, que al igual que en la donación de órganos y gametos, esta disposición procede, siempre y cuando no afecte o disminuya considerablemente la salud de la arrendante, a este respecto opinan Medina y Erades; (1990,p.32) que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio.(p.54)

Consideramos que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario prima en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado. (Muñante, 2018, p.14)

Regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público, es por ello que es necesario la autorización judicial para contratar este tipo de servicios, hay algunos que consideran la tesis a que si este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, sin embargo en opinión del jurista Vidal Martínez, (1991) un contrato de esta naturaleza es considerado nulo por su contrariedad a la moral y al orden público, por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contraviniente a las buenas costumbres aceptadas, seria nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad.

Si bien esta posición es respetada, este punto de vista, no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica, es así que nosotros consideramos que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta una enfoque ecléctico. (Cornejo 1990, p.33)

En nuestro Código Civil en su Libro VII, (Fuente de obligaciones), Art. 1351° define al contrato como *“Acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial”*, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina “Negocio Jurídico”, ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de Alquiler de Vientre o Maternidad Subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares.

Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

8.4.2. El comercio de gametos o embriones

Dados los avances producidos en la materia, resulta indispensable contemplar como delitos, el comercio de gametos o embriones;

La fecundación in vitro heteróloga, ha abierto la ventana del comercio de gametos o embriones, para poder realizar se tiene que recurrir a gametos (óvulos, espermatozoides) de una tercera persona extraña a la pareja, es decir al donante.

Se entiende por donante aquella persona-hombre o mujer-que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo una fecundación in vitro. (Gómez, 1993,61).

Los gametos (óvulos, espermatozoides) desde el punto de vista biológico, son células reproductoras o germinales producidas en los testículos y ovarios respectivamente, son fuerzas genéticas del individuo con potencial para producir vida.

Desde el punto de vista jurídico, no son cosas porque no son susceptibles de dominación patrimonial.

Los embriones plantean cuestiones de mayor complejidad y dificultad, en su clasificación jurídica que los gametos, pues estos constituyen la fase primera del inicio de la vida humana. (Gómez, 1993,66).

Existen diferentes posiciones valorativas del embrión en sus fases iniciales. No se ha determinado en forma tajante, en que momento comienza la vida humana, si cuando se unen los dos gametos ya sea fisiológicamente en el laboratorio, si al encontrarse el embrión en el vientre de la madre, si cuando el embrión ha anidado en el útero o si cuando se forma el sistema nervioso del embrión en correspondencia o relación con la certificación de la muerte. (Gómez, 1993,70). Espinoza (2008) el problema cardical, es saber cuál será la categoría y la consecuente protección que le brindará el ordenamiento jurídico al embrión fecundado extrauterinamente Villa-coro enuncia que existen cuatro posiciones que establecen en que momento dicho embrión será considerado como “concebido”, las cuales son a saber:

- Primera posición: momento de la unión de gametos.
- Segunda posición: décimo cuarto día de vida
- Tercera posición: situado en el seno de la madre
- Cuarta posición: acogido en el útero materno (anidación).

Desde el momento de la unión del espermatozoide con el ovulo surge este sujeto de derecho denominado “concebido”, tanto para el caso de la fecundación artificial homologa como heteróloga, aplicándose sin restricciones el artículo 1 del código civil peruano (p. 126).

La utilización de los gametos o embriones debe merecer la más amplia cautela como sujeto de derecho especial que es. Lo más sorprendente es que en nuestro país aún no existe normatividad legal que regule el funcionamiento de los institutos de fertilidad, lo que demuestra el desfase entre la realidad y el derecho, pareciera haberse quedado en el tiempo, lo cual es peligroso porque podríamos enfrentarnos a un tráfico de embriones, como ya se realiza con el semen. (Mosquera, 2001.p.70)

En el procedimiento de la Inseminación Artificial y Fecundación In vitro Homologa, los donantes serán la pareja estable, como los llama la doctrina padres intencionales que sufren de una infertilidad, los dos aportan sus cargas genéticas (Ovulo y espermatozoide) para evitar el tráfico de menores.

Sin embargo la regulación legal en materia penal no está tipificada en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

8.5 La gestación por Sustitución Homóloga como garantía de la Filiación basada en el Interés Superior del Menor.

Este punto es esencial, es la piedra angular de mi tesis y he creído conveniente en base a las consideraciones sobre las diferentes clases técnicas de reproducción asistida mencionar la gestación por sustitución homóloga que se puede realizar mediante la Fecundación in vitro y ello me ha motivado a elegirla pues es la que menos estragos éticos y en materia jurídico ocasiona según la doctrina.

La Gestación de sustitución Homologa, es una forma de Reproducción Asistida y se da Cuando los padres intencionales, como así los denomina la doctrina que padecen de algún tipo de infertilidad que le haga imposible anidar un embrión en el vientre de la mujer y llevar a término su embarazo, deciden que mediante Fecundación in vitro se realice, la concepción de su futuro bebe, pero para ello cada uno tiene que aportar sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide), y además que una tercera persona participe en la gestación.(Espinoza, 2008,p115).

Es decir, el embrión es implantado en el útero de la gestante, tercera persona que se encargara de gestar y continuar con el proceso del embarazo, dando a luz al niño y entregándolo a sus padres biológicos.

La gestación por sustitución Homologa, según la doctrina, es válida en la medida que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas familiares, proporcionándoles la posibilidad de concebir y proteger en su seno familiar un hijo genéticamente suyo.

Si son legítimas las técnicas de reproducción asistida en el Perú, como es la inseminación artificial, la fecundación in vitro debería tener el mismo tratamiento legal, con la posibilidad de gestación por sustitución Homologa, porque es considerada una de las técnicas que permitirá mantener los lazos de parentesco, del futuro bebe con los padres intencionales ya que ellos son los que aportan su carga genética (ovulo y espermatozoide) para la formación del nuevo ser, garantizando el interés superior del menor. (Espinoza, 2008, p116)

En mi tesis también hago mención al derecho a la reproducción humana, que es expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, invocan este precepto quienes en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas de reproducción asistida que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia”.

Debemos tener presentes que los derechos reproductivos en materia Gestación por Sustitución homologa, se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos. La gestante en este supuesto, lleva a cabo el embarazo, sin recibir una contraprestación económica. (Espinoza, 2008, p118)

Diferente es el caso, en la llamada maternidad subrogada propiamente dicha, donde la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en los óvulos ya sea por un problema médico, en este caso no es posible hacer referencia a una reproducción. La mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos, para solicitar un niño que, por no tener su carga genética no será su descendiente.

La maternidad subrogada propia mente dicha, genera un conflicto respecto a la Identidad del futuro bebe, es decir, su identidad queda fragmentada, el cuestionamiento surge, según quien aporta el ovulo o espermatozoide. Además no solo está en juego la identidad del futuro bebe, sino que en muchos casos se plantea de manera onerosa ello tomando como referencia el derecho comparado, es decir si mediara un pago significaría que la mujer que proporciona su ovulo y gesta, estaría comercializando con su hijo, planteándose el tipo penal de “venta o tráfico de menores”. (Espinoza, 2008, p119)

La gestación de sustitución Homologa, debe regularse de manera estricta y con ventajas para los padres intencionales siempre y cuando ambos aporten sus cargas genéticas. Regularla para permitirla en determinadas condiciones nos parece ser el término idóneo para sociedades democráticas, en las que queremos vivir y en las que deberíamos vivir.

Si bien constituir una familia es un derecho de las personas que no puede conllevar delito y la gestación por sustitución homologa es una técnica de reproducción donde le permite a los padres intencionales tener descendencia donde la identidad de su futuro bebé tendrá los atributos biológicos de ellos, lo cual definen su individualización, ya que es otro supuesto diferente el derecho a llevar el nombre y apellido.

En esta situación que trae consigo los modernos procedimientos de las Técnicas de Reproducción Asistida el derecho penal tiene que elaborar un procedimiento técnico jurídico que fundamente no desde razones dogmáticas penales normativas sino desde principios humanos de existencia humana innato a la especie humana (supervivencia, procreación, reproducción, transmitir comportamiento, trascender y desarrollar espíritu; aspectos superiores humanos a contenidos normativos) que no contradigan dolosamente el contenido normativo penal.

Establecer con delimitación típica objetiva la responsabilidad penal en la mala praxis médica en la Gestación Subrogada, la mercantilización de la Gestación Subrogada en que el niño deja de ser sujeto de derecho y lo constituyen en objeto de transacción en detrimento de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal con prevalencia de *Animus Lucrandi*. (Muñante, 2018, p.16).

CAPITULO IX:

JURISPRUDENCIA

En el quehacer de las Jurisprudencia nacional, encontramos casaciones presentadas, por gestación subrogada, y al encontrarse debidamente delimitado y legislado, se presentan diversas figuras como la adopción o la entrega del recién nacido, por parte de la mujer que permitió, mediante el consentimiento informado la ovulación, para posteriormente dar vida a un niño.

En las siguientes líneas se presentaran algunas casaciones y un breve informe de cada una como una forma de ilustración de lo que ocurre en el mundo empírico en nuestro país.

9.1 Acción de amparo; Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-0

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

Materia: Proceso de Amparo

Demandante: Francisco David Nieves Reyes

Aurora Nancy Ballesteros Verau

Fausto César Lázaro Salecio

Evelyn Betzabé Rojas Urco

Demandada: RENIEC

Hechos

Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAS, concretamente, a la técnica del útero subrogado. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el

Sr. Lázaro, su esposo. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño. Por ello, los Sres. Nieves- Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

El Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, DECIDE: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco.

Análisis

El objeto de la demanda es que se declare sin efecto las resoluciones impugnadas y se reconozca plenamente el derecho a la identidad de los menores procediéndose a rectificar las Actas de nacimiento en cuestión bajo los apellidos de la sociedad conyugal conformada por FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y AURORA NANCY BALLESTEROS VERAU.

En el presente caso, si bien la madre solicitante no ha proporcionado el material genético (óvulo de donante anónima), es la persona que demuestra, claramente, la voluntad procreacional.

Se trató de un proceso en donde el espermatozoide (aportado por el señor Nieves) y el óvulo (donado anónimamente) son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la mujer (la señora Rojas) para dar lugar a la gestación, este proceso se denomina homólogo cuando los donantes genéticos son los mismos padres y heterólogo cuando se hace uso de una donación de

gametos (óvulo o espermatozoides) de manera anónima, siendo este último supuesto el caso de autos.

El Poder Judicial ha reconocido la existencia de un claro vacío legal en este aspecto, el mismo que debe ser corregido, sea a través de la norma o a través de la jurisprudencia, como ha venido ocurriendo.

Es así que, una interpretación conforme a la constitución del artículo 7º antes citado, debe conducir a considerar que, en el caso concreto, se trató de una práctica lícita realizada con el fin de procrear y fundar una familia propia.

De lo que desprende de la acotación realizada por el Juez en donde se demuestra el vacío legal que existe el cual debe ser legislado para que los padres intencionales no necesiten recurrir al poder judicial para hacer valer su derecho.

9.2 Impugnación de maternidad Expediente Nro. : 183515 - 2006 - 00113.

PODER JUDICIAL

DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 - 2006 - 00113.

Especialista: María Ida Torres Yupanqui.

Demandante: Carla Monic See Aurish.

Demandados: Lucero Aurish de la Oliva y otro.

Materia: IMPUGNACION DE MATERNIDAD.

Juez: Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO. TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero

Del dos mil nueve.-

TIPO DE PROCESO: PROCESO CONTENCIOSO DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD

PARTES DEL PROCESO:

DEMANDANTE: CARLA MONIQUE SEE AURISH

DEMANDADOS: JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZOA BARBER

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de

IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO A BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare:

PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

I) Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al Haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber;

II) Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que Erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente; Son los siguientes:

RELACIÓN DE HECHOS:

MATRIMONIO DE PADRES

Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una Relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil;

PROBLEMAS DE SALUD DE LA MADRE QUE LE IMPIDEN A LA PAREJA DE CÓNYUGES CONVERTIRSE EN PADRES

Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luís Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones ... " enfermedad que se originó a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente atendida que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dado lugar a un doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste más rápido de lo normal, que al diagnosticársele " ... insuficiencia renal Neuropatía por analgésicos y hipertensión arterial... "el médico tratante, doctor Batillana le confirió que su

organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir.

OPCIÓN MÉDICA DE CONCEBIR MEDIANTE FERTILIZACIÓN INVITRO Y MÉTODO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les Confirmando la posibilidad de emplear el método de "maternidad subrogada", denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y espermatozoides de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara; 4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja; 5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luís Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminando la técnica humana del embarazo, el mismo que se llevó con normalidad, hasta que

NACIMIENTO DE LA MENOR

el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor;

INSCRIPCIÓN DE LA MENOR EN LA RENIEC: PARTIDA DE NACIMIENTO

5) Que sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual

resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos más.

FUNDAMENTOS LEGALES EN LOS QUE AMPARA SUDEMANDA:

Ampara su demanda en los

Artículos 2° inciso 1 y 4° de la Constitución Política del Estado;

Artículos 1°, 9°, 20°, 233°, 236° del Código Civil;

Artículos 1, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes;

Artículos 6°, 8° del mismo cuerpo legal, y demás normas que allí precisa.

TRAMITACIÓN DE LA DEMANDA

Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257, se admite a trámite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento, confiriéndose traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley; Por resolución seis, de fojas 279, se tiene por contestada la demanda a don Luís Eduardo Mendoza Barber en los términos que aparecen en su escrito de fojas 250/253, subsanado a fojas 277/278; por resolución siete, de fojas 289, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contrae sus escritos de fojas 260/264 y 288, declarándose Saneado el Proceso y se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación, la misma que tiene lugar en los términos a que se refiere el acta de fojas 318/320, desarrollándose las etapas de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio; La Audiencia de Pruebas se desarrolló en cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 Y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492/499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla; CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: Y CONSIDERANDO: Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO: Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, "El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.", Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS: Que los

medios probatorios tienen por finalidad: 1) Acreditar los hechos expuestos por las partes; 2) Producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y 3) Fundamentar sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188º y 197º del Código Procesal Civil; Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION; 5 PRETENSIÓN DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD Y LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA DEMANDANTE Que para efectos de emitir un pronunciamiento valido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el "interés para obrar", la "legitimidad para obrar" y la "posibilidad jurídica", reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427º incisos 1, 2 Y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aporte su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con espermatozoide de su cónyuge Luís Eduardo Mendoza Barber procreo la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al ovulo fecundado In Vitro; para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el "interés para obrar" es el derecho que tiene todo Justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la "legitimidad para obrar", o "legitimación activa", entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: Datos de la madre: JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y Datos del padre: LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor máxime que conforme lo dispone el Artículo 395º del Código Civil "El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable,"; PRINCIPIO DE LEGALIDAD Que por otro lado, en observancia estricta del

principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371° , solo permite impugnar la maternidad en los supuestos: "Suplantación de hijo" y "parto supuesto", lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2° del mismo Código expone "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.." y el Artículo 409° establece "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo." supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico; Cuarto: A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento Jurídico positivo con el devenir del tiempo se está quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones fácticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional "El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.", lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros más consagrados en los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6° del mismo Código, y Artículos 3°, 7° Y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 3 de Agosto de 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención."; MATERIA CONTROVERTIDA Quinto: DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS: Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos lo siguiente: Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich; DE LA MATERNIDAD Sexto: DE LA MATERNIDAD Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, "madre es la mujer que ha dado a luz uno o más hijos", y en tal sentido, según el Derecho Romano "*mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*", es decir "la maternidad será siempre cierta con el solo ver una mujer gestante y después, con el infante en brazos", concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada "reprogenética" ha quedado obsoleto; tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad; DIFERENTES TIPOS DE MATERNIDAD Que en efecto, según Adriano López, profesor emérito de la UCA. Magíster en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad: Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena la madre biológica gesta al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (maternidad de gestación o de parto) o aportar su óvulo u óvulos (madre genética), pero no ambos; Desde una perspectiva social, madre es aquella que cría y educa al niño; Desde el aspecto jurídico, no hay una correspondencia absoluta entre una madre legal, o una madre biológica o social, la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos; En los casos de

adopción, se aplica el nombre de madre adoptante; madre portadora, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada madre de alquiler o vicaria; y por fin madre nodriza o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo. Que en resumen, existen tres tipos de madre: madre genética, madre gestacional o de parto y madre social. Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. Según el citado autor, para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero, cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad. La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la madre genética o a terceros, madre portadora, madre de alquiler o madre sustituta. Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra Derecho Genético, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, define los conceptos o formas de maternidad subrogada "... a) Madre portadora: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) Ovodonación: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión de una pareja

cedente; 2) el marido es infértil, 3) el embrión no es gestado por su mujer; Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determina la filiación?, dejemos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que nos ocupa nos corresponde determinar ¿quién es la madre de Daniela Mendoza Aurich? o ¿a quién consideramos madre de la citada niña para hacer efectivos sus derechos ampliamente reconocidos en nuestra legislación vigente?;

ACTUACIÓN DE PRUEBAS MATRIMONIO DE PADRES GENÉTICOS:

Séptimo: Que de la revisión de autos fluye, que con fecha catorce de junio del dos mil tres doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, **PARTIDA DE NACIMIENTO DE LA MENOR NACIMIENTO DE LA MENOR:** que con fecha seis de mayo del dos mil cinco nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil; **INFORME MÉDICO DE LA MADRE GENÉTICA QUE DETERMINA SU IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR ADELANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN**

Octavo: Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de la Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye" ... Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3. Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2..."; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Ácido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye ".... Conocí a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen

clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg ... o siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial, procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constató que tiene riñones pequeños, siendo más pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radorrenograma se apreció que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogénica e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ... "; PROCESO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO DEL OVULO DE LA DEMANDANTE CON EL ESPERMA DE SU CÓNYUGE Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA A LA MADRE PORTADORA QUE ES EN REALIDAD SU ABUELA MATERNA

Noveno: Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución; La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la Transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha veintinueve de Abril del dos mil cuatro, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luís Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que no puede tener hijos ... usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal ... "; Con fecha veintidós de mayo del dos mil cuatro (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "... UTERO: Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. OVARIO DERECHO: Micropoliquístico. OVARIO IZQUIERDO:

Micropoliquístico Leve. LIQUIDO EN DOUGLAS: Escaso. ..."; con fecha diecinueve de setiembre del dos mil cuatro "... se aspiran 09 ovocitos ... " (fojas 181, 189 Y 346); Con fecha treinta de Septiembre del dos mil cuatro, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "NOMBRE DE LA PACIENTE: Mendoza - See; MÉDICO TRATANTE: Augusto Ascenzo; PROCEDIMIENTO: ICSI; FECHA: 19 de Septiembre del 2004; OVOCITOS OBTENIDOS: 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS: 08; OVOCITOS FECUNDADOS: 06; EMBRIONES OBTENIDOS: 06; EMBRIONES TRANSFERIDOS: 03 (6-II, 8-II, 8-II); EMBRIONES CONGELADOS: 03 ... " (Fojas 190); Que del Informe Médico - Nefronológico expedido con fecha nueve de diciembre del dos mil cinco (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos.... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la NO OPINION FAVORABLE en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de ACELERAR el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado ... "; LA MADRE PORTADORA Décimo: Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha veintiuno de Junio del dos mil cuatro, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece "... será vientre de su hija..."; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...GESTACION UNICA: de 06 semanas (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN: Baja. ..."; (fojas 203); Con fecha primero de Diciembre del dos mil cuatro, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es

“... GESTACION UNICA: de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; PLACENTA DE INSERCIÓN: Baja (Previa Total).... ” (fojas 210); Con fecha trece de Enero del dos mil cinco, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “.. GESTACION UNICA: de 18, semanas, 02 días (Por Ecografía); PODALICO LONGITUDINAL: Dorso Anterior; PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN: Baja (previa total). MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y ARTERIA 12 CEREBRAL MEDIA: Normal ... ” (fojas 214); Con fecha diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “ ... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal ” (Fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Previa marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal.... ”(fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “ ... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal ” (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se dé practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es “... GESTACION

UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal "(fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "... Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo. Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr. Augusto Ascenzo. Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ... " (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De La Oliva (fojas 351); DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL MÉDICO TRATANTE Décimo Primero: Que según la Declaración Testimonial prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO médico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo porque sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "... al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el espermatozoide del señor Mendoza y así formar embriones humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y por lo tanto

se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebe 07 meses y 20 días, eso fue porque a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendí el parto del concebido"; Que al preguntarle Si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "...si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna... "; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto "... únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla... "; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luís Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos ... "; Agregando que considera como "madre genética" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "padre genético" a Luís Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva "incubadora de la niña"; PRUEBA DE ADN 14 Décimo Segundo: Que para determinar "con certeza" cuál de las dos presuntas madres es la "madre biológica" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo tramite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "...que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM1 SEE

AURICH, Carla Monique, NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLOGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA A URICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007- 005-P MENDOZA BARBER, Luís Eduardo " y " ... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLOGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN 2007- 005 - H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo "; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2,136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARRER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN 2007- 005 - H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o más alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad, La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLOGICA de la donante de la muestra codificada ADN- 2007- 005 - H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007- 005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por

el análisis realizado."; DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD 15

DécimoTercero: Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cuál de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aportó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña ó aquella que albergó en su vientre durante toda la etapa de gestación y alimento a la niña hasta su nacimiento; LEGALIDAD DEL PROCESO DE REPRODUCCIÓN Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción, asistida, siempre que la condición de "madre genética" y de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona... ; A que sin embargo, ¿cómo se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación fáctica que no está prohibido legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido, y atenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR LA TEORÍA BIOLOGÉTICA Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se determina por la "filiación biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA Y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de esta; dejando

de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395 0 del Código Civil; LOS EMBRIONES CONGELADOS Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS: Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso; referente a los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece,... "; que en consecuencia reconociéndose "al concebido" calidad de niño y por ende "sujeto de derechos", "libertades" y "protección específica", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1º del mismo Código "El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental."; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese ha que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece " ... Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"... "; Décimo Quinto: Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, ¿Qué medias tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?, En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones fácticas y proteja el derechos de los niños; Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del

veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11 0 establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización; De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, más aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 "Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 1° inciso 1° de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la: señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación. FALLA: DECLARANDO: 1) FUNDADA la demanda de IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER y en consecuencia DECLARO: Que la niña DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña; 2) DISPONGO: Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA 18 como madre de la niña CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; 3) DISPONGO: La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; 4) DISPONGO: La rectificación de los apellidos de

la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue "DANIELA MENDOZA SEE", conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil; 5) OTORGO: El plazo de DOS años a efectos que los justiciables CARLA MONIQUE SEE AURISH y LUIS EDUARDO MENZOA BARBER hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; 6) DISPONGO: Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, CURSAR OFICIOS al Juzgado de Familia Tutelar respectivo y al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el "Derecho a la vida" que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica; 7) DISPONGO: Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) y encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162° de la Constitución Política del Estado y Artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, SUPERVISE el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia; 8) DISPONGO. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ELEVAR EN CONSULTA a la Sala Constitucional y Social de la Corte 19 Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: 1) La inaplicación del Artículo 395 0 del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política; 2) Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y 3) Haber dispuesto de oficio, pese a no ser

parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "Ultra y Extra Pettita", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales" conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.

9.2.1 Análisis de la jurisprudencia

En el caso anterior seguido por la Sra. Carla Monique See Aurish y el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber (su esposo), deseaban tener hijos, pero la señora Carla Monique no podía concebir debido a que padecía de insuficiencia renal e hipertensión arterial, asimismo ponía en riesgo su vida, por ello dicha enfermedad imposibilitó que la pareja busque el embarazo. Es en torno a ello que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, utilizando el propio material genético de la pareja y además contando con la madre de la señora Carla Monique, para que ésta engendre al embrión de quien se quiere la existencia. Al nacer la niña, la clínica que asistió el alumbramiento, anotó a la menor como hija de la señora Jenni Lucero Aurish de Oliva (abuela de la menor). Debido a ello la madre genética (quién buscó que se concibiera a la menor), interpone una acción de impugnación de la maternidad. La jueza considera que: dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético "crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad".

La magistrada considera en dicha resolución que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y por ende se trata de una conducta lícita. Y es por estas razones que declara FUNDADA la demanda de impugnación de

maternidad, disponiendo dejar sin efecto el reconocimiento efectuado por la Sra. Jenni Lucero Aurish de Oliva como madre la menor C.S.M.A en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores, asimismo dispone la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre la Sra. Carla Monique See Aurish y la rectificación de los apellidos de la niña, consecuentemente otorga el plazo de dos años de expedida la sentencia, para que los señores Carla Monique See Aurish y el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber hagan efectivo el derecho a la vida que tienen tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro, ya sea mediante el vientre materno de la Carla Monique See Aurish o mediante una maternidad subrogada, de igual forma dispone que vencido dicho plazo si los esposos no cumplieran con lo referido, se cursará oficios al juzgado de familia tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y el desarrollo Social, a efectos de que se inicie el proceso de los citados embriones congelados y que pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivos su derecho a la vida que tiene dichos embriones en su calidad de niños. Por lo antes descrito se hace necesario al respecto, porque los jueces deben resolver teniendo en cuenta las máximas de la experiencia. Tácitamente se acepta lícito las técnicas de fertilidad asistida, por lo que se hace necesaria la unificación de criterios para zanjar esta controversia jurídica.

CAPITULO X:

ESTUDIO AL ARTICULO 7 DE LEY GENERAL DE SALUD N° 26842

10.1. Art.7 de la Ley General de Salud

La única norma que hace mención expresa de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú es el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 , el cual establece que:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Mediante esta disposición normativa, el legislador ha expresado su punto de vista sobre una serie de factores importantes que no se debe dejarse de tomar en cuenta en el análisis de las técnicas de reproducción humana asistida. En primer lugar, se señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (2018), y como lo ha reconocido casi la totalidad de la doctrina médica, el término “tratamiento” debe entenderse como “conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad”. También es reconocido como sinónimo de “terapia”. Así pues, según la ley, si la infertilidad se le puede someter a tratamiento, entonces se trata de una enfermedad. Esta concepción va en concordancia con la definición de infertilidad brindada por la OMS (2009, p.64), en el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), según el cual esta debe entenderse como: “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Así pues, debe entenderse que el principal efecto de padecer de infertilidad es la incapacidad de procrear luego de haberlo intentado por un año o más. Por lo tanto, las técnicas de reproducción asistida serían, según la norma, el medio

idóneo para tratar esta enfermedad, en tanto eliminará sus efectos; es decir, permitirá que la pareja pueda procrear y tener descendencia.

De la definición brindada por la OMS se debe entender que este embarazo debe darse mediante la unión de los gametos masculinos y femeninos de la pareja debido a la referencia a las relaciones sexuales. Así pues, como es evidente, la pareja tiene relaciones sexuales para procrear hijos con su carga genética; y, en caso de que esto no de resultado, lo lógico es que se espere que mediante la cura de la enfermedad se logre el mismo resultado; es decir, procrear hijos con su misma carga genética. En ese sentido, cuando el gameto, sea masculino o femenino, no sea apto bajo ningún supuesto para poder lograr la fecundación y ni siquiera se pueda corregir esta falta mediante algún tratamiento, siempre se aplican técnicas de reproducción humana asistida que requerirán de un donante. El artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”

En general, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, por lo que establece Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, pero el artículo pone como condición que ‘la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona’ es esta la frase de la discordia.

10.2. Vacíos legales del Art. 7

Sobre ello, Siverino (2012) indica que:

1. Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica o que padezcan de insuficiencia renal, diabetes, u otra enfermedad física que les impida anidar en su órgano reproductor a su bebe.

2. Si lo que se pretende evitar son los conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.
3. Esta disposición no impide la maternidad subrogada propiamente dicha, ya que pueden coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja considerándose grave porque se estaría efectuando el delito de tráfico de menores,
4. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada (p. 216),

10.3. Necesidad de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida

10.3.1. Desde una perspectiva Médica

Entrevistas sobre la legalización de la gestación por sustitución Homóloga en nuestro país

Dr. Efrain Huamanchumo Effio CMP. 82545

¿Si se legalizara en el Perú la Gestación por sustitución Homóloga en el Perú cual sería el procedimiento en los centros de salud del estado y en clínicas?

Si se llegara aprobar la ley en el Perú, el ejecutivo lo plantea al Ministerio de Salud y esta entidad tiene que elevar una norma técnica, y esa norma luego llega a los gobiernos regionales y ellos delegarían a las gerencias regionales de salud, específicamente al área de salud, las gerencias convocan a todos los directores de los centros del Minsa y Essalud, que serán capacitados sobre los procedimientos a seguir en un caso de Gestación por sustitución Homóloga.

Seguidamente los directores convocaran a su personal de salud como son los médicos generales, obstetras, pediatras, enfermeras y técnicos para realizar el proceso de socialización, ello consiste en capacitar a todo el personal sobre el procedimiento de gestación por reproducción asistida, este procedimiento sería de la siguiente manera:

Primero.- la transferencia de los gametos al útero de la gestante se realizara en clínicas privadas ello, por la alta tecnología que presentan su instrumento y que se requieren para este procedimiento tan delicado.

Segundo.- la gestante como es usual en un embarazo debe realizarse su controles como mínimo seis (ecografías) para ello se tendría que apertura un SIS temporal esto se realizara bajo el criterio de la universalidad de la salud.

Tercero.- mediante el sistema electrónico tendría que apresurarse dos procedimientos con el fin de que sea captado el caso por el personal de salud, dicho sistema contendrá primero la historia clínica de la gestante si ha tenido anteriormente hijos mediante parto normal, el tipo de gestación por reproducción asistida (Gestación por Sustitución Homóloga) y segundo el sistema también contendrá el consentimiento informado, donde autorice la voluntad exclusiva de los intervinientes para realizar el procedimiento(padres intencionales, gestante y de tener pareja su consentimiento de este.) en el consentimiento debe especificarse el compromiso de la gestante de aceptar a término el embarazo y cuales al igual serían las consecuencias que pudieran pasar en el proceso de embarazo.

Los dos documentos tanto la historia clínica de la gestante y el consentimiento informado de los intervinientes en el procedimiento, también se debería realizar en formato original físico, formato exclusivamente para estos casos de gestación por reproducción asistida (Gestación por sustitución Homologa), tendría que contener sello de agua para seguridad de la misma, ya que se trata de un caso delicado.

En la historia clínica en su caratula debería especificar que el caso es Gestación por Reproducción Asistida (Gestación por Sustitución Homologa).

Debería contener un color diferente a través de un código x, esto se debe realizar con la finalidad de que el personal de salud identifique el caso.

A estos documentos se debería anexar el convenio en físico que presente clausulas claras y definidas legalmente, para que en su posterioridad no puedan generarse ningún inconveniente

Cuarto.- al llegar el momento del parto, las normas técnicas del parto indican que al recién nacido a las 2 o 3 horas de ocurrir el parto se le toman las huellas de los piecitos y plasmarlas en una tarjeta que varía de color según el sexo, ello lo realiza la enfermera o el personal de turno que este en actividad como obstetra, pediatra médico general, ello además de realizar este procedimiento, le piden a la supuesta madre que ha parido los apellidos del bebe, es aquí donde la mujer que ha alumbrado al bebé donde debe infórmele al personal de salud

que los apellidos del recién nacido son de los padres intencionales, ya que el procedimiento de gestación ha sido mediante técnica de Reproducción Asistida (Gestación por Sustitución Homóloga), ello se da con la finalidad de que no exista ningún problema en la identidad y filiación del bebe.

Se es necesario que los padres intencionales estén durante el parto.

Si se llegara a legalizar esta técnica de reproducción asistida (Gestación por Sustitución Homóloga), abriría una puerta a la parejas que no pueden tener bebes de manera natural o normal, pero le permitiría tener hijos biológicos bajo esta técnica.

Otro es que la norma les permite la seguridad de que no va a ver ningún inconveniente.

A lo que diremos este procedimiento de gestación por sustitución homóloga, es la menos controversial, en tanto los padres intencionales son los biológicos, y no existe ninguna negociación, sino que la persona en donde se fecundara el ovulo, es un pariente consanguíneo de los padres, que lo hará de una forma altruista por única vez.

10.3.2. Desde una perspectiva jurídica

Con la finalidad de tener argumentos, para presentar el Proyecto de Ley que reformula el Art. 7 de la Ley de Salud N° 26842, se procedió a realizar unas entrevistas a 3 Abogados y 2 Fiscales de Familia, lo que se transcribe, para un posterior análisis.

“El Derecho a la Vida, la Identidad y la Familia en los casos de Gestación por sustitución Homóloga y la Necesidad de una Regulación Adecuada frente al Delito de Tráfico de menores”.

Abogado 1 Dr. José Miguel Salazar Prado Abogado Penal CAL 5004

PREGUNTAS

1.- ¿En base al derecho cual es la visión jurídica de la vida y la identidad de la procreación por técnicas de reproducción asistida?

Para el derecho, la vida, la identidad de la persona son bienes jurídicos. Son derechos humanos fundamentales. El derecho tiene que intervenir en estas

materias para salvaguardar con regulaciones eficientes, el correcto desarrollo de la vida humana y la sociedad.

2.- ¿Considera que la gestación por sustitución Homóloga como técnica de reproducción Asistida debe ser regulada y controlada, otorgando facultades normativas a los intervinientes, que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la identidad como principio del interés superior?

La situación actual hace necesaria un control, una regulación en esta materia, de lo contrario será posible el florecimiento de un mercado en el que se trafique con menores y vientres de alquiler.

3.- ¿En nuestro país al no existir legislación expresa sobre gestación por sustitución homóloga puede surgir que en el mercado de reproducción asistida artificial se esté dando la figura de maternidad subrogada propiamente dicha en la cual atenta contra el tráfico de menores?

Si, el atentado de tráfico de menores y la maternidad subrogada son realidades que ya están entre nosotros y se nota la necesidad de un control en este tema. La gestación por sustitución homóloga haría más ordenado y mejor garantizado estas intervenciones medico reproductivas.

4.- ¿Considera que existe vacío legal en la técnica de reproducción asistida como es la gestación por sustitución homóloga, siendo esencial legislar sobre este tema para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica?

Sí, es verdad que existe un vacío en la normatividad. Por eso es que ha podido existir de alguna manera este problema del tráfico de menores. Es algo que, obviamente debemos corregir y muy pronto.

5.- ¿En su opinión considera que se debe perfeccionar el artículo 7 de la ley general de salud ley N° 26842 que regula las técnicas de reproducción asistida e incluirse claramente la gestación por sustitución homóloga altruista, donde los cónyuges o convivientes que padezcan de infertilidad, ambos aporten sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) para evitar un posible delito como es el tráfico de menores?

Las leyes se hacen, se mejoran o se cambian claro que esto es una opción muy buena para que muchas personas se involucren en procesos de procreación asistida legales y donde estén protegidos los derechos de todos los implicados.

Abogado 2 Dr. Miguel Ángel Siesquen Suclupe Abogado Penal CAL 5210

PREGUNTAS

1.- ¿En base al derecho cual es la visión jurídica de la vida y la identidad de la procreación por técnicas de reproducción asistida?

La vida y la identidad son derechos de la persona. Al ser la reproducción asistida materia que involucra un tercero en la procreación del nuevo ser humano, el derecho debe regular y controlar esta materia.

2.- ¿Considera que la gestación por sustitución Homóloga como técnica de reproducción Asistida debe ser regulada y controlada, otorgando facultades normativas a los intervinientes, que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la identidad como principio del interés superior?

Sí, es necesario controlarla, es necesario impedir que la vida se vuelva una forma de mercancía, un medio, cuando es todo lo contrario, un fin en sí misma. El derecho a la identidad del menor, es incuestionable, pertenece a la sucesión de los padres genéticos

3.- ¿En nuestro país al no existir legislación expresa sobre gestación por sustitución homóloga puede surgir que en el mercado de reproducción asistida artificial se esté dando la figura de maternidad subrogada propiamente dicha en la cual atenta contra el tráfico de menores?

Sí, ya se han dado muchos casos, y es posible que pronto se esté legislando con mayor precisión en esta materia. La maternidad subrogada puede implicar algunas figuras que son objeto de sanción.

4.- ¿Considera que existe vacío legal en la técnica de reproducción asistida como es la gestación por sustitución homóloga, siendo esencial legislar sobre este tema para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica?

Si han aparecido ya casos de estas formas de maternidad subrogada, los llamados vientres de alquiler. Y es necesario revisar las normas implicadas en esta materia, que están escritas en la ley general de salud.

5.- ¿En su opinión considera que se debe perfeccionar el artículo 7 de la ley general de salud ley N° 26842 que regula las técnicas de reproducción asistida e incluirse claramente la gestación por sustitución homóloga altruista, donde los cónyuges o convivientes que padezcan de infertilidad, ambos aporten sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) para evitar un posible delito como es el tráfico de menores?

Toda ley se puede y se debe perfeccionar si es necesario. El artículo 7 no contempla la maternidad subrogada o por sustitución homóloga. Es una figura que puede dar la oportunidad de que muchas personas puedan acogerse a las técnicas de reproducción asistida y ejercer su derecho a la paternidad y a la constitución de una familia.

Abogado 3 Dra. Natividad Flores Contreras Abogado Civil CAL 57890

PREGUNTAS

1.- ¿En base al derecho cual es la visión jurídica de la vida y la identidad de la procreación por técnicas de reproducción asistida?

El derecho a la vida y a la identidad, tiene un espectro muy amplio de eventualidades, que se dan dentro de las relaciones entre los individuos, que tienen incidencias legales e involucran activamente a la justicia. En la actualidad, el famoso vientre de alquiler, generado por lo que otras doctrinas tipifican como “maternidad subrogada” y el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, promueven un contexto en el que las aguas están movidas y es necesaria una intervención legislativa.

2.- ¿Considera que la gestación por sustitución Homóloga como técnica de reproducción Asistida debe ser regulada y controlada, otorgando facultades normativas a los intervinientes, que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la identidad como principio del interés superior?

En realidad habría que mejorar sustancialmente el texto del artículo 7 de la Ley general de salud, especificar, tipificar, salidas para que la reproducción asistida no envuelva en su aplicación posibilidades de que se vulneren derechos de terceros.

3.- ¿En nuestro país al no existir legislación expresa sobre gestación por sustitución homóloga puede surgir que en el mercado de reproducción asistida artificial se esté dando la figura de maternidad subrogada propiamente dicha en la cual atenta contra el tráfico de menores?

La maternidad subrogada es lo que llamamos vientre de alquiler. A estos casos, no se les puede aplicar en rigor el artículo 7, y es algo que si no interviene el derecho, se puede volver un problema para la sociedad.

4.- ¿Considera que existe vacío legal en la técnica de reproducción asistida como es la gestación por sustitución homóloga, siendo esencial legislar sobre este tema para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica?

Es posible que si este contexto se torna más grave, en acaecimientos y derechos vulnerados, será notorio que el vacío existe, y es que la Ley original se hizo en una época en que la reproducción asistida no estaba tan difundida.

5.- ¿En su opinión considera que se debe perfeccionar el artículo 7 de la ley general de salud ley N° 26842 que regula las técnicas de reproducción asistida e incluirse claramente la gestación por sustitución homóloga altruista, donde los cónyuges o convivientes que padezcan de infertilidad, ambos aporten sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) para evitar un posible delito como es el tráfico de menores?

Sí, es posible y se debe volver a legislar incluso, actualizar, toda la ley general de salud, sería una muy buena oportunidad para hacer esa revisión, pues los avances en estas técnicas que implican presuntamente utilización de seres humanos en un procedimiento de reproducción asistida, así como otras experimentaciones en genética humana y biotecnología, hacen ya obsoletos algunos instrumentos jurídicos.

PREGUNTAS

1.- ¿En base al derecho cual es la visión jurídica de la vida y la identidad de la procreación por técnicas de reproducción asistida?

El derecho moderno, garantiza la vida como el bien más valioso y está tutelada como un bien jurídico fundamental. La vida humana es el eje de toda la existencia social y es uno de los derechos humanos fundamentales, sustentado en el principio de que cada vida individual por sí misma constituye los fines supremos de la sociedad y del Estado. Por ello, el estado y las instituciones de justicia, junto con el congreso, regular todos los casos en los que la procreación de nuevos seres humanos, su libre y creativo desarrollo, y las posibles oportunidades y amenazas que afecten su integridad o su relación con los otros seres humanos, o su proyección como vida, sujeto de derechos, esto incluye la posibilidad de que la gestación homóloga, como práctica médica procreadora, es decir, reproducción asistida, vulnere o altere la correcta aplicación y tutela de estos derechos fundamentales.

2.- ¿Considera que la gestación por sustitución Homóloga como técnica de reproducción Asistida debe ser regulada y controlada, otorgando facultades normativas a los intervinientes, que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la identidad como principio del interés superior?

Si, los padres intencionales y la altruista, deben entrar en acuerdo bajo las normas vigentes de la reproducción asistida por órganos del Ministerio de salud. En ese sentido, la norma actual no contempla la intervención, de buena fe, de la madre altruista, quien ahora, con este proyecto, es especificada como homóloga, es decir, como una pariente consanguínea del padre o la madre intencional.

3.- ¿En nuestro país al no existir legislación expresa sobre gestación por sustitución homóloga puede surgir que en el mercado de reproducción asistida artificial se esté dando la figura de maternidad subrogada propiamente dicha en la cual atenta contra el tráfico de menores?

Es una situación que existe de hecho y que debe ser intervenida en el sentido de mitigar su ocurrencia. Por ello, es necesario promover los proyectos de se propongan en esta materia.

4.- ¿Considera que existe vacío legal en la técnica de reproducción asistida como es la gestación por sustitución homóloga, siendo esencial legislar sobre este tema para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica?

Efectivamente, existe un vacío, en el que se pueden amparar los que trafican con la maternidad subrogada como forma de reproducción asistida y es una situación tan evidente, que debe ser corregida en plazo breve.

5.- ¿En su opinión considera que se debe perfeccionar el artículo 7 de la ley general de salud ley N° 26842 que regula las técnicas de reproducción asistida e incluirse claramente la gestación por sustitución homóloga altruista, donde los cónyuges o convivientes que padezcan de infertilidad, ambos aporten sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) para evitar un posible delito como es el tráfico de menores?

Siempre es posible implementar este tipo de soluciones, y puesto que existe un vacío legal y un floreciente negocio, en el que se violan derechos fundamentales, es necesario que se intervenga con una legislación reguladora. Por lo tanto, si considero, que siendo toda ley perfectible, este es el caso, y la oportunidad con el artículo de la ley general de salud que ud. menciona.

Fiscal de Familia 2 Dra. Mónica Dietrich Junco 5° Fiscal de Familia CAL 21649.

PREGUNTAS

1.- ¿En base al derecho cual es la visión jurídica de la vida y la identidad de la procreación por técnicas de reproducción asistida?

El derecho es un instrumento de equilibrio, su finalidad es mantener el equilibrio en la sociedad. Cuando la sociedad falla en proteger a cualquiera de sus miembros el derecho interviene para reparar esta falla. Las diversas modalidades de tráfico de menores tienen un nuevo nicho de mercado en la

existencia de ciertas prácticas de reproducción asistida. Se vuelve urgente una legislación que regule estas situaciones.

2.- ¿Considera que la gestación por sustitución Homóloga como técnica de reproducción Asistida debe ser regulada y controlada, otorgando facultades normativas a los intervinientes, que favorezcan al desarrollo integral del menor en resguardo a su derecho a la identidad como principio del interés superior?

Los intervinientes, tengo entendido, deben acogerse al artículo 7 de la ley general de salud. Es allí donde hay cosas que corregir. Opinaría que la sustitución homóloga es una figura interesante para garantizar el derecho a la paternidad sin vulnerar derechos de terceros.

3.- ¿En nuestro país al no existir legislación expresa sobre gestación por sustitución homóloga puede surgir que en el mercado de reproducción asistida artificial se esté dando la figura de maternidad subrogada propiamente dicha en la cual atenta contra el tráfico de menores?

Es posible, sí. Aunque no tengo mucha información, sé que incluso existe obra de filmografía de ficción que ya abordan estas temáticas. Si se constata que existe un mercado, un negocio, donde hay derechos que están siendo vulnerados por motivos mercantiles, es algo que no podemos tolerar.

4.- ¿Considera que existe vacío legal en la técnica de reproducción asistida como es la gestación por sustitución homóloga, siendo esencial legislar sobre este tema para evitar futuros conflictos legales y brindar seguridad jurídica?

El vacío legal sería tal, si ya existiera una práctica muy difundida que no esté siendo regulada y controlada. Creo que se trata de una ley que puede ser perfeccionada de todos modos.

5.- ¿En su opinión considera que se debe perfeccionar el artículo 7 de la ley general de salud ley N° 26842 que regula las técnicas de reproducción asistida e incluirse claramente la gestación por sustitución homóloga altruista, donde los cónyuges o convivientes que padezcan de infertilidad,

ambos aporten sus cargas genéticas (ovulo y espermatozoide) para evitar un posible delito como es el tráfico de menores?

Como le dije antes, puede ser perfeccionada pero tomando en cuenta que la maternidad subrogada debe ser aceptada de buena fe por una homóloga altruista.

10.4. Derecho comparado

En las siguientes líneas se presentan, en los países en que está permitida la gestación subrogada.

Gutiérrez (2016) presenta un listado de países en donde se acepta la gestación subrogada homologa, con algunas atingencias.

10.4.1. Alemania

Respecto a las técnicas de reproducción asistida y la filiación de los menores nacidos bajo esta técnica nacidos en otros países en los que sí está permitida la práctica de esta técnica, el pronunciamiento Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof o BGH) *por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba en el caso concreto contraria al orden público...* ya que para ellos es importante preservar los derechos del menor nacidos bajo estas técnicas además es preciso señalar que el Bundesgerichtshof o BGH destaca “...la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes...” (Echezarreta Ferrer, 2015, p.233)

El autor manifiesta que dentro de Alemania el procedimiento esta proscrito, sin embargo si se llevó acabo en otro lugar , por interés superior del niño se le reconoce la identidad y todos los derechos que confiere el gobierno Alemán a los nacidos bajo su suelo.

10.4.2. Argentina

Es necesario destacar que a nivel nacional, el Proyecto de Ley de fertilización asistida contó con la aprobación de la Cámara de Diputados en junio de 2012. De acuerdo al proyecto, se garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida al incluirlos dentro del Programa Médico Obligatorio para el sistema público, obras sociales y prepagas, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, es decir, que los

tratamientos podrán realizarse con material genético de la pareja, o mediante donantes. Asimismo, contempla tanto las técnicas de alta y baja complejidad, como el diagnóstico, provisión de medicamentos y terapias de apoyo; la transferencia de gametos a las trompas, la fertilización in vitro y la inyección de espermatozoide dentro del óvulo. A su vez, dentro de la prestación se incluyen los servicios de guarda de los gametos ó tejidos reproductivos para aquellas personas, incluso menores de 18 años de edad, que por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro, y asegura que la cobertura se adecue a los avances científicos futuros que puedan superar las actuales técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro. Además, la fertilización humana asistida es analizada desde la salud y no desde la enfermedad, es decir, no es una ley que contemplará el derecho sólo de quienes sufren de la patología, sino también para los que por una decisión de vida necesitan del procedimiento para procrear. (Gutiérrez, 2016, p.93)

Cabe recordar que con la Ley de Fertilidad Asistida N° 14.208, que entró en vigencia en la Provincia de Buenos Aires desde el 03 de enero del 2011, se reconoció a la infertilidad como una enfermedad, dando lugar a que aquellas personas con dificultades para concebir un hijo podrán realizarse gratuitamente hasta dos tratamientos de fertilidad de alta complejidad (uno por año), que deben ser cubiertos por las obras sociales, prepagas y IOMA, si cumplen con una serie de requisitos:

- Al tratamiento podrán acceder las mujeres de entre 30 y 40 años de edad y se les dará prioridad a aquellas parejas que no tengan hijos.
- Se dará prioridad a las personas que no cuenten con obra social, sin que esto resulte un impedimento para quienes sí la tienen.
- Otro de los requisitos obligatorios es demostrar residencia de por lo menos dos años en la Provincia de Buenos Aires y presentar, al momento de iniciar los trámites, el Documento Nacional de Identidad o certificado emitido por la autoridad competente en materia migratoria.

Así, la Provincia de Buenos Aires reconoció el problema y adoptó una política prestacional, haciendo propia la doctrina de los tribunales provinciales que ante el vacío legal, habían comenzado a reconocer el tratamiento de la infertilidad, como derivación del derecho a la salud.

Si bien esta ley provincial es un gran paso en la materia, sólo regula la cobertura de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, dejando en total incertidumbre las relaciones jurídicas que surgen de otras técnicas de reproducción, particularmente la fertilización heteróloga y la protección que debiera otorgarse a los embriones no implantados.

Como reglas de protección que van adquiriendo consenso en el Derecho Comparado, pueden mencionarse que:

- Ninguna investigación puede realizarse en embriones sobrantes sin la autorización de la pareja;
- La venta o compra de gametos humanos o de embriones sólo puede efectuarse previa autorización del organismo correspondiente;
- Los embriones no pueden mantenerse en depósito por períodos mayores de diez años: transcurrido ese lapso el derecho a disponer de los mismos corresponde a la autoridad encargada de su almacenamiento;
- Sólo se debe permitir la investigación en embriones in vitro hasta el día catorce después de la fertilización;
- La implantación de un embrión humano in vitro en el útero de un miembro de otra especie debe calificarse de ofensa criminal;
- Los embriones llamados 'supernumerarios', que son los que sobran para lograr la fertilización de la mujer, están sometidos a un derecho de disposición que comporta la facultad de poder exigir su conservación por unos cinco años, para su posterior utilización en el proyecto paternal, pudiendo demandarse la destrucción en el curso de ese plazo; se permite el diagnóstico preimplantatorio para la selección antes de transferir los embriones, pero no la experimentación con embriones;

- Se autoriza el diagnóstico prenatal para determinar las malformaciones con el exclusivo fin de buscar la enfermedad y los medios de prevenirla o tratarla. . (Gutiérrez, 2016, p.94)

10.4.3 Estados Unidos

La reglamentación en lo que respecta la maternidad subrogada homóloga en Estados Unidos depende de cada estado, unos regulan un contrato altruista en otros, es oneroso. (Gutiérrez, 2016, p.94)

a. Tennessee

Se permite la gestación de subrogación homologa, donde los padres de intención tienen que ser los suministradores de los gametos.

La legislación en el estado de Tennessee, se preocupa en que siempre exista el lazo biológico, aunque sea con alguno de los padres en este caso, si el padre aporta el espermia la gestante tiene que ceder los derechos a él y a la esposa o mujer de este.

b. Arkansas.

Se acepta la gestación subrogaciones en caso que se mantenga el lazo genético con alguno de los padres e inclusive la novedad de este es que se acepta la práctica de la subrogación en padres solteros, siempre y cuando el aporten el material genético.

c. Utah

En el estado de Utah la legislación también se preocupa en que por lo menos algún padre de intención tenga el vínculo genético con el niño nacido bajo esta técnica prohibiéndose tajantemente que la madre sustituta sea la portadora del ovulo o que su marido el donador del semen.

10.4.4. Israel

Solo es permitida si es que se aporta el material genético, en esencial el del padre, con la única preocupación de la existencia del nexo biológico, aunque sea

por una de las partes. Está prohibida la práctica de la maternidad subrogada por parte de homosexuales. (Gutiérrez, 2016, p.94)

10.4.5. Rusia

Es permitida la gestación por subrogación, donde señala en qué condiciones debe de realizarse y quienes están impedidos de hacerlo, como las mujeres solteras y los Homosexuales. (Gutiérrez, 2016, p.95)

10.4.6. Ucrania

En este país la gestante sustituta está prohibida de reclamar la maternidad del recién nacido ya que se regula la maternidad subrogada homologa, como mínimo el padre debe de aportar el material genético, para que el niño nacido bajo esta técnica sea genéticamente propio. (Gutiérrez, 2016, p.95)

10.4.7. Georgia

En lo que se refiere a maternidad subrogada encontramos en la ley de subrogación en el Artículo 143. Sección b: *“La gestación subrogada se permite en el caso de que una mujer no tenga útero, con el propósito de conseguir la evolución y el crecimiento del embrión obtenido como resultado de su transferencia al útero de otra mujer, denominada “mujer gestante”*. No es una práctica que sea autorizada para homosexuales. (Gutiérrez, 2016, p.97)

10.4.8. Colombia

El único referente legal sobre la práctica de maternidad subrogada en Colombia es la sentencia T - 968 de 2009 de la Corte Constitucional. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una pareja que contrató los servicios de una mujer para que les alquilara el vientre para tener un bebé y con base en escritos doctrinales definió esta práctica como:

“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”.

De esta definición se puede concluir que en Colombia: (i) la mujer gestante y que da a luz no aporta sus óvulos, (ii) La madre sustituta acepta llevar a buen término el embarazo y una vez producido el parto, se compromete a entregar el hijo a las

personas que lo encargaron (iii) La madre gestante renuncia a los derechos sobre el menor y (iv) La práctica debe formalizarse a través de un pacto o compromiso.

Así mismo, la corte estableció unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada:

- A. La mujer solicitante debe tener problemas fisiológicos para concebir.
- B. Los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
- C. La mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- D. La mujer gestante debe cumplir una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos.
- E. La mujer gestante debe tener la obligación de someterse a las valoraciones psicológicas exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo
- F. Se debe preservar la identidad de las partes.
- G. La mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- H. Los padres solicitantes no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- I. La muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- J. La mujer gestante sólo pueda interrumpir el embarazo por prescripción médica. (Gutiérrez, 2016, p.96)

10.4.9. Brasil

Según resolución núm. 1957, Consejo Federal de Medicina (CFM) “Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos

a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial”.

10.4.10. Perú

Según el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26843, en donde se regulan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

10.5. Proyecto de Ley que modifica el Art 7 de la Ley General de Salud N° 26842, e incorpora disposiciones para el uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.

Antes de presentar el proyecto de Ley, citaremos al jurista Campos Barranzuela², quien nos dice que la doctrina, divide a las Técnicas de Reproducción Asistida, en dos clases, en la inseminación artificial y la fecundación in vitro, asimismo en el derecho genético se habla de inseminación post mortem, inseminación de madres solteras, bancos de semen, maternidad subrogada, cambio de sexo registral y experimentos antinaturales, como la clonación humana. Todos estos interesantes temas no se encuentran legislados en nuestro derecho positivo, empero y debido a los revolucionarios cambios que tiene la sociedad peruana, en muchos casos se vienen practicando y hasta a veces en forma clandestina, es por ello que urge tomar nota a ello y se realice una inmediata reforma del Código Civil Peruano de 1984, para que exista una legislación acorde con los avances de la biotecnología, biología molecular, ingeniería genética, medicina, biología y derecho genético.

Evidentemente el derecho genético, es una disciplina nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico y puede dar respuesta a la conducta de los padres y además de los profesionales de la salud, pues de conformidad con el artículo

² Juez Penal Titular Unipersonal de Juzgamiento de Talara, Magíster, Doctorando en Derecho, Licenciado en Comunicación Social, Docente Universitario.

324 del Código Penal, toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética, con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con una pena no menor de seis ni mayor de ochos años y de inhabilitación en la profesión, por lo que a la fecha el Ministerio Público ya se ha abocado al conocimiento de una investigación preliminar, toda vez que existe una expresa prohibición de las técnicas de reproducción asistida, vientre de alquiler, bancos de semen, crioconservación de embriones, por lo que frente a las lagunas de la ley, urge que el Congreso de la República, legisle en estos cuestionables temas que pertenecen al ámbito del derecho civil.

Exposición de motivos

El presente proyecto de ley, tiene por objeto proponer que el Estado, a través del Poder Legislativo, la ampliación del Art.7 de la Ley de General de Salud N° 26842, considera que el citado Artículo deja vacíos legales al indicar que los ciudadanos pueden hacer uso de técnicas de fertilidad asistida, en afán de procreación, sin embargo en ninguna caso se cumpliría el citado acápite en tanto refiere que la madre genética recaiga en la misma persona.

La Constitución al considerar el respeto irrestricto a la vida, a la identidad y a la procreación, deberá asumir que en el mundo empírico hoy se da o aplica diversas técnicas de fertilidad asistida, sin embargo no está legislado.

Es necesario legislar, desde la perspectiva social de modo tal, se lograría el cometido de muchas parejas de procrear, cumpliendo como primer paso que los padres intencionales son los genéticos. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 40 semanas de gestación o en su mayoría de los casos de relaciones sexuales no protegidas (Brena, 2012).

De otro lado también permitirá que las acciones de fertilidad asistida se realicen en un marco jurídico a fin de evitar lindar con el delito de trata de personas, o de personas inescrupulosas que vean como una forma de hacer un negocio.

Se añade que esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física, como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que las sufren.

La gestación por sustitución Homóloga, según la doctrina, es válida en la medida que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas familiares, proporcionándoles la posibilidad de concebir y proteger en su seno familiar un hijo genéticamente suyo.

La gestación por sustitución en su clasificación Homóloga, también debería serlo porque permite mantener los lazos de parentesco, del futuro bebe con los padres intencionales ya que ellos son los que aportan su carga genética para la formación del nuevo ser, garantizando el interés superior del menor y ello evita el tráfico de menores donde se prohíba que la gestante o una donadora de ovulo aporte este gameto.

Teniendo el Estado y el derecho de modernizarse a la luz de los avances de la ciencia y la genética, la gestación por sustitución homóloga, no acarrea ni colisiona con la identidad del menor, en tanto la persona que prestara su útero por única vez tiene un grado de consanguinidad con los padres.

El presente texto normativo es complementario, por un aspecto social y por el bien común de la colectividad y por única vez se señalará.

PROPUESTA DE AMPLIACIÓN:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida acreditada científicamente. Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere del consentimiento previo, expreso e informado de los cónyuges o convivientes progenitores y, de ser del caso, de la gestante con su cónyuge por subrogación homóloga, quien deberá dar su asentimiento informado y suscribir el consentimiento informado.

Artículo 7 –A En el caso de los padres intencionales, que son los genéticos, deberán de presentarse a una comisión de Salud del Ministerio, para ser evaluados y comprobarse la necesidad de procrear bajo esta técnica. Una vez acreditada su necesidad deberán inscribirse en un Registro Nacional de Gestación por sustitución homóloga.

La necesidad de procrear bajo la Gestación por sustitución homóloga, en ningún caso puede aplicarse por necesidades estéticas, porque estarían contraviniendo el carácter social de la misma.

Artículo 7 –B La persona que es la gestante, deberá por lo menos tener un hijo con su cónyuge o pareja, y debe tener hasta un segunda grado de consanguinidad, de los padres genéticos, quien en una acción altruista y con el consentimiento informado también deberá de ser evaluada, por la Comisión de salud, para garantizar su integridad física y psicológica, quien se será evaluada por un colegiado compuesto por 3 peritos psicológicos. Una vez evaluada satisfactoriamente, deberá ser inscrita en el Registro nacional de Gestación por sustitución homóloga, como altruista, por única vez, esto quiere decir, que solo una vez en la vida podrá brindar su útero en forma altruista.

Artículo 7 –C La apertura del Registro nacional de Gestación por sustitución homóloga, tendrá una base de datos a nivel nacional interconectada, para evitar que los padres genéticos que utilizaron esta técnica lo vuelvan a realizar, igualmente para el agente altruista, esto permitirá que se cumpla el aspecto social demandado en la presente Ley.

Artículo 7 –D Al estar inscritos en el Registro nacional de Gestación por sustitución homóloga, el niño a su nacimiento se le otorgará la filiación de identidad por los padres genéticos que son los padres biológicos quienes aportaron los gametos, en forma automática.

Artículo 7 –E Los gastos de la Gestación por sustitución homóloga, serán cubiertos íntegramente por los padres intencionales, hasta que el Ministerio de Salud incluya una partida en su pliego presupuestario.

Artículo 7 –F El incumplimiento de este procedimiento estará sujeto a sanciones administrativas por los agentes del Ministerio de Salud o los peritos psicológicos y sanciones penales considerándose como trata de personas.

CONCLUSIONES

1. Nuestro Código civil, la Constitución peruana y otras leyes, con marcado acento personalista, nos conducen a afirmar y proteger el derecho a la vida del concebido en nuestro Derecho. El Derecho civil mantiene su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento de la concepción, hasta su fin natural. No existen seres humanos que no sean personas. Ser persona no es una cualidad accidental del ser humano. Conviene seguir reflexionando sobre la unicidad del cuerpo humano, sobre la irrepetibilidad del individuo, sobre la insustituibilidad real de los seres.
2. Es importante explicar los aspectos conceptuales referidos a los derechos elementales y por tanto primordiales, inherentes a cada persona. Es meritorio pues, a todas luces, describir todo lo concerniente a la identidad de niños y niñas engendrados mediante la propuesta que se expone y sustenta en este trabajo de investigación la cual es gestación por sustitución homóloga.
3. Se han identificado los procedimientos mediante los cuales se sostiene la propuesta de gestación por sustitución homóloga, así como las condiciones en las cuales esta se efectuará. Siempre que los casos suscitados sean relacionados a la infertilidad de una o ambas partes de una pareja.
4. Se culminó la presente investigación con la propuesta de un Proyecto de Ley que amplíe la regulación normativa del Artículo 7° de la Ley General de Salud, enfocado en que se considere la Gestación por sustitución homóloga en la medida que sean casos de infertilidad en una o ambas partes de la pareja, y de manera irrestricta quienes aporten la carga genética sean los padres.

RECOMENDACIONES

1. Se debe fomentar más espacios de difusión en la sociedad en los cuales se propague y porque no, se ponga a discusión los argumentos médicos, científicos, dogmáticos, jurídicos, y demás que intervienen o tienen parte en los casos de infertilidad en la pareja, enriqueciendo nuestra sociedad, asimismo generando un sentido de pertenencia al ser escuchados sus aportes. Sin dejar de lado la vinculación que deben tener las propuestas de la sociedad peruana en su gobierno central.
2. Se propone exponer de manera didáctica y entendible los aspectos conceptuales básicos a la población de nuestra sociedad, al respecto de los derechos con los que cuenta cada ciudadano. En específico difundir todo lo concerniente al derecho a la vida, y no solo a tener una vida, sino también al de procrear una vida, así como también el derecho a la identidad con el que deben vivir todos los niños que sean procreados de manera convencional o haciendo uso de un método alternativo.
3. Se sugiere considerar la elaboración, utilización y distribución de materiales que expongan y esclarezcan los procedimientos mediante los cuales se puede realizar la gestación por sustitución homóloga, así como también las condiciones en las que se justifica este método alternativo de procreación siendo que se ajusta a las normas legales.
4. Se debe generar conciencia al respecto al proyecto de ley que forma parte de esta tesis sobre, Gestación por sustitución homóloga, como resultado de la presente investigación, debido a que este expresa toda una intención clara en brindar una posible salida en los casos de infertilidad en una pareja que anhela procrear, siendo que se cumple con el marco legal toda vez que ambos padres son los que aportan la carga genética al nuevo ser humano. A la par se debe proveer de las condiciones suficientes para que este Proyecto de Ley sea expuesto, revisado, aprobado y ejecutado toda vez que cuenta con el marco normativo vigente y no se viola ningún derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellan F. y Sanchez J. (2009) Bioética Ley e reproducción asistida. Manual de Casos Clínicos, Editorial Comares. España.
- Anguita V. (2013) Análisis de casos ético-clínicos. Experiencias de los Comités de Ética Asistencial en España y Latinoamérica. Felaibe. Santiago de Chile.
- Arévalo, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos*. (Tesis de Grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13884/4/MATERNIDAD%20SUB%20OK%20TERMINADO%20OK.pdf>
- Arteta, C. (2010). Maternidad Subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*. Num.2, Vol,1: 91-97. Disponible en: http://www.revista.cartagenamorros.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf
- Asociación de Academias de la Lengua Española. (2018). Real Academia Española. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>.
- Ávila H. (2013) Derecho Humanos en Perú. Nociones básicas Ministerio de Justicia. ARA Editores E.I.R.L. Lima –Perú.
- Bramont Arias, L. (2002) El delito de Manipulación Genética, en Actualidad Jurídica, N° 99, febrero.
- Brena, I. (2012). La Gestión Subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia? Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>
- Cabrera, L. (2018). *La Tipificación de la Maternidad Subrogada como garantía para la no afectación de los Derechos del niño y niña*. (Tesis de Grado).

Universidad César Vallejos, Lima, Perú. Recuperado de:
<http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/20041>.

Canales M. (1998) Derecho de familia y derecho genético. Ediciones Jurídicas. Perú.

Canessa, R. (2011) La Filiación en la reproducción humana asistida. Tesis para optar al grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Post Grado. http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1487/1/canessa_vr.pdf

Cañete, R., Guilhem, D. y Brito, K. (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales, Acta Bioethica 2012; 18 (1): 121-127

Código Penal, Ley 599 de 2000 (24 de julio) Régimen Penal Colombiano

Congreso de la República. (15 de Julio de 1997). Ley General de Salud - Ley 26842. Obtenido de Ley General de Salud - Ley 26842: http://www.essalud.gob.pe/ietsi/pdfs/tecnologias_sanitarias/1_Ley_26842-1997-LeyGeneral-de-Salud-Concordada.pdf

Cornejo H. (1990) *"Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición"*. Lima-Perú.

Cornejo M. (2010) El inicio de la vida humana, su protección y despenalización del aborto. Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Croignani P, Collins J, Cooke I, et al. (1993) Unexplained infertility. Hum Reprod

Cruz Ponce, L. (1990) "El nasciturus". En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXIII, núm. 67, enero-abril.

Cué, B. (2016). *"Maternidad subrogada"*. (Tesis de Grado). Universidad Panamericana, Ciudad de México. Recuperado de: <http://biblio.upmx.mx/tesis/157765.pdf>.

De La Maza I. (2010). "Consentimiento informado, una visión panorámica". Revista Ius et Praxis. 16(2): 89-120. 2010.

De la Fuente R. (2011). "La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano." En: Repositorio institucional PIRHUA (Online). Universidad de Piura, Disponible en internet: <http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1632/>.

Derecho a la identidad. (11 de febrero de 2016). Diario Oficial de Bicentenario El Peruano.

Echezarreta, M. (2015). Filiación biológica versus filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. 233-248.

Espinoza, J. (2008) Derecho de las personas. (5ta Ed.). Lima, Perú: Editorial Rodhas

Derecho genético. (4ta Ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Enríquez, N. (2017). *"Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú"*. (Tesis de Grado). Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú. Recuperado de: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/11700/enriquez_mn.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Espinoza K. (2018) Conferencia Internacional Ponencia Implicancias psicológicas de participar en el tratamiento de fertilidad asistida. Mg. Kimberly Espinoza – Universidad de Zulia – La Luz – Venezuela. Auditorio de la Universidad Pedro Ruiz Gallo.- Lambayeque.

Evans, E. (2004) Derechos Constitucionales. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago.

Fernández Sessarego, C. (1988). "Tratamiento jurídico del concebido", en Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco.

Fernández, C. (1990). "El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares", en: *La familia en el Derecho peruano*, Lima, Perú.

Friedman, L. (1994). "Contemporary Cases in Women's Rights". Wisconsin: Univ of Wisconsin Press.

- Gaceta Jurídica. (2010). *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima, Perú.
- Galán J. (1997) El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitario. Madrid: Colex,; 162.
- Galán J. (2001) Responsabilidad Medica y Consentimiento Informado. Editorial S.L. Civitas Ediciones. Madrid.
- Godoy, H. (s.f.). Aspectos sociales y morales de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Scielo*. Uruguay.
- Gómez, M. (1993) La Fecundación In Vitro y la Filiación. (1era Ed.).Chile: Jurídica de chile Santiago.
- González, D. (2016). *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social. En especial la maternidad por subrogación*. (Tesis Maestría). Universidad Complutense de Madrid, España. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/38166/1/TFM%20.pdf>
- González, L. (2006) “De la bioética—al bioderecho: libertad, vida y muerte”. Universidad Pontifica Comillas.
- González, M. (2007). *Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños*. Lima, Perú. Recuperado de: <http://www.justiciaviva.org.pe>.
- Guerrero, Z. (2015). “*Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional*”. (Tesis de Grado). Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC120395.pdf>
- Hidalgo, S. (2018). *La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el código civil peruano. Describir cómo viene afectando la maternidad subrogada a la teoría de general de la contratación contenida en el Código Civil peruano*. (Tesis de Grado). Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz, Perú. Recuperado de:

http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2733/T033_%2046707672_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Tratado internacional de las Naciones Unidas.

León, A. (2015). *Regulación del embarazo subrogado en la legislación civil peruana (propuesta legislativa)*. (Tesis de Grado). Universidad Andina del Cusco, Perú.

Levi-Strauss, C. (2004) “*The Family*”, *traducción castellana. En: Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Barcelona: Anagrama.

Lloveras, N. (1998). *Nuevo régimen de adopción*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

López, N. Huerta A. y Bueno D. (2012) Riesgos para la salud de los niños nacidos por la fertilidad asistida. En: Cuadernos de Bioética XXI. Madrid.

Lora, P. (1998). *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998*. São Paulo, Brasil: Método.

Loyarte D. & Rotonda A. (1995) Procreación humana artificial: un desafío bioético. Editorial Depalma, Buenos Aires.

Marcó, J., & Tarasco, M. (2001). *Diez temas de la reproducción asistida*. Madrid: Ediciones internacionales universitarias.

Mendoza M., Nava N., Escalante, J (2003). “Aspectos éticos y legales del consentimiento informado en la práctica e investigación médica”. *Gaceta Médica de México*, 139(2): 184-187. Disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2003/gm032o.pdf>

Mercado, M. (2019). *Vientre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto*. (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3825/DER-L_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Mir, L. (2010) «La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada». Revista Redbioética/UNESCO, Vol. 1, Nº 1 pp. 174-188.
http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
- Miranda C. (2006) Presentación de un paciente en el Comité de Ética de un Hospital Pediátrico de referencia de Argentina. Experiencias de los Comités de Ética Asistencial en España y Latinoamérica.
- Miranda M. (1998) Derecho de Familia y Derecho Genético. Ediciones Jurídicas Perú.
- Morán de Vicenzi C. (2005) El concepto de filiación en la fecundación Artificial.
- Morán de Vicenzi C. (2008) Fecundación Artificial”. En: Varios autores. Temas de Bioética y Derecho. Lima: Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica-Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
- Mosquera C. (1997) Derecho y Genoma Humano. Editorial San Marcos 1era Edición.
- Mosquera C. (2001) Temas de derecho genético ideas y propuestas sobre una nueva vertiente del derecho contemporáneo. Editorial Praxis, Perú.
- Muñante, A. (2018) La trata de personas y la maternidad subrogada
<https://laley.pe/art/6117/la-trata-de-personas-y-la-maternidad-subrogada>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Obtenido de Pacto internacional de derechos civiles y políticos:*
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/PACTOINTERNACIONAL-DE-DERECHOS-CIVILES-Y-POLITICOS.pdf>
- Ngozi Ezeilo (2009) *Los Derechos humanos y su primacía*. Edic Nueva Luz.
- Organismo Internacional de Migraciones (s/f). *La trata de personas: respuesta de la OIM*. Disponible en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/projects/documents/ct_brochure_es.pdf

- Organización Mundial de la Salud (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ginebra: OMS.
- Ortiz P y Burdiles P (2010) "Consentimiento Informado". Revista Médica Clínica Las Condes. Chile.
- Ortiz, A. (2005). "Derecho a la identidad", en la Ley, Año LXIX, N°222, Buenos Aires.
- Pacheco I. (2001) El consentimiento informado: Una forma de entender la relación Médico-Paciente. Revista Médica. Área Académica. De la clínica los Condes. Chile.
- Palacios A. (2003) Filiación y patria Potestad en la doctrina y en la Jurisprudencia. Gaceta Juridica.1 era Edición.
- Peralta J. (2008) Derecho de la familia en el Código civil. 4ta Edic. Idemsa.
- Placido, A. (2003). *Filiación y patria de potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. (1era Ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Placido, A. (2013). La familia en las Constituciones de 1979 y 1993. Edit PUCP.
- Plos One; 2014; 9, No.1, e80398, enero 2014, citado por el Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. En: http://www.observatoriobioetica.org/2014/riesgos-medicos-de-la-fecundacion-in-vitro/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=429.
- Rivera, C. (1993). *Instituciones de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina.
- Roa-Meggo, I. (2012) La infertilidad como problema de salud pública. Revista de Ginecología y Obstetricia.
- Rodríguez R. & Ponce C. (1997) Derecho genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 1era Edición Editorial San Marcos.

- Romeo, C.M. (2018), "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o intentamos dar una solución?" en *Folia Humanística*, 2018; 8: 1-23. Doi: <http://dx.doi.org/10.30860/0037>.
- Rowe PJ, Comhaire FH, Hargreave TB, (1988) Mellows HJ. WHO manual for the standardized investigation and diagnosis of the infertile couple. Cambridge University Press, Cambridge, UK.
- Ruiz, R. (2013) Maternidad Subrogada. Trabajo de fin de grado. Departamento de enfermería. Universidad de Cantabria, España. [hp://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartin ezR.pdf ?sequen ce=1](http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartin ezR.pdf?sequen ce=1)
- Sambrizzi, E. (2004). *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires, Argentina: UCA- El Derecho.
- Sánchez M. (1996) El Consentimiento Informado: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones. Artículo tomado de los Cuadernos del Programa Regional de Bioética N° 2 Abril de 1996 - Organización Panamericana de la Salud
- Sancho I. (2004) "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado". InDret. Working Paper N° 209.
- Santamaría, L. (2000). Técnicas de Reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de bioética* 2000/1a., 37-47.
- Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Perú ginecología y obstetricia* 58, 213-219.
- Sofikitis N, Migayana I, Dimitriadis D. (1995) Effects of smoking on testicular function, semen quality and sperm fertilizing capacity. *J Urol*.
- Ugarte J. (2006) El derecho a la vida y la Constitución *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 3, Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile.

- Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco. (2019). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Obtenido de Enciclopedia de Bioderecho y Bioética: <https://enciclopediabioderecho.com/voces/177>.
- Varsi E. (1997) *Derecho y manipulación genética*. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo integral.
- Varsi, E. (1995). *Derecho genético, principios generales normas legales*. (1era Ed.).
- Varsi, E. (2001). *Derecho genético*. (4ta Ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2006). *El moderno tratamiento legal de la Filiación Extramatrimonial, en Razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria de Paternidad-Procreación asistida y socio afectividad*. (1era Ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la Filiación Extramatrimonial, en Razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria de Paternidad-Procreación asistida y socio afectividad*. (2da Ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Vicuña, A. (2015). *“La maternidad subrogada y el derecho a la reproducción”*. (Tesis de Grado). Universidad Técnica de Ambato, Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/16212/1/FJCS-DE-893.pdf>
- Vila M. (1985) Aspectos jurídicos de la fertilización 'in vitro'. En: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General, Núm. 1/1985, enero-febrero.
- Vila M. (1992). “Los límites de la bioética”, (1era. Ed.). *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética* (Conversaciones en Madrid), Madrid, España: Eudema S.A.
- Villamarín, C. (2014). *La maternidad subrogada en el Perú: ¿problema o solución?* (Tesis de Grado). Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú. Recuperado de:

<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1146.D.pdf?sequence=1&isAllowed>.

Vivanco A. (2009). Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36.

ANEXO

Memorias Fotograficas De las entrevistas Realizadas Fiscales de Familia ,
Abogados Penalistas y Medico en medicina

- 5° Fiscal de Familia Cercado de Lima a cargo de la Dra. Mónica Dietrich Junco CAL 21649



- Dr. Miguel Ángel Siesquen Suclupe Abogado Penal CAL 5210



- Médico. Efrain Huamanchumo Effio CMP.82545

